

UNIVERSIDAD DE GRANADA

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL Y
DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO**

**EL ESTATUS
DE JUECES Y MAGISTRADOS**

**FRANCISCO JAVIER GARRIDO CARRILLO
GRANADA 2009**

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Francisco Javier Garrido Carrillo
D.L.: GR. 2653-2009
ISBN: 978-84-692-4181-3

SUMARIO

- Abreviaturas.....	IX
---------------------	----

PARTE PRIMERA

ESTATUS JURISDICCIONAL

El Juez como titular de la función jurisdiccional

INTRODUCCIÓN	11
1. ESPECIALIDAD DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ENCOMENDADA AL JUEZ....	25
1.1. La especialidad de la Función Jurisdiccional.	25
1.2. Aspectos de la Selección para el Ejercicio de la Función Pública Judicial.	29
1.3. La función pública Jurisdiccional. Diferencias entre Administración y Jurisdicción.	34
2. DE LA FUNCIÓN JUDICIAL A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL: RAZONES PARA UN ESTATUTO ESPECÍFICO DE JUECES Y MAGISTRADOS.	41
2.1. La función judicial.	41
2.2. La función jurisdiccional.....	43
2.3. La jurisdicción como garantía.	48
2.4. El estatuto de Jueces y Magistrados como garantía de la función jurisdiccional...	50
2.5. Alcance del estatuto jurídico de jueces y magistrados.....	56
3. PRINCIPIOS Y MARCO NORMATIVO PARA EL ESTATUTO DE JUECES Y MAGISTRADOS.....	61
3.1. Principios de referencia.....	61
3.2. Potestad reglamentaria.	62
4. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL.....	65
4.1. Independencia, poder y función judicial.	65
4.2. Distinción de la independencia judicial de la imparcialidad objetiva del juez.....	69
4.3. La independencia judicial como derecho.....	74
4.3.1. Anotaciones históricas.	74
4.3.2. La independencia judicial como derecho del ejerciente de la función judicial.	77
4.3.3. La Independencia como derecho del Juez en cuanto titular de la función Judicial.	78
5. VERTIENTES DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL.....	81
5.1. Vertientes de la independencia judicial.....	83
5.1.1. De la independencia judicial ad-intra.	84

5.1.1.1. Intervención de órganos de Gobierno del Poder Judicial. Ascensos, promoción profesional e independencia.	86
5.1.1.1.1. Nombramiento en régimen de discrecionalidad.....	89
5.1.1.1.2. Elementos necesarios para una reforma.....	95
5.1.1.2. La Comisión de Calificación del CGPJ	97
5.1.1.3. Injerencias de los órganos de gobierno del poder judicial por vía de las normas disciplinarias	99
5.1.1.3.1. El caso del art. 417.1 LOPJ	103
5.1.2. Independencia judicial ad-extra.....	105
5.1.2.1. Ataques por parte de autoridades e instituciones. Independencia frente a los otros poderes del estado	105
5.1.2.2. Independencia respecto de las partes procesales y del objeto litigioso	108
5.1.2.3. Independencia frente a la sociedad y a los medios de comunicación ..	109
6. DERECHO A UNA RETRIBUCIÓN QUE POSIBILITE LA INDEPENDENCIA ECONOMICA (ART. 402 A 404 BIS LOPJ)	116
6.1. Derechos económicos.....	117
6.2. Derechos Sociales	125
7. INVIOLABILIDADES, INMUNIDADES Y AFORAMIENTOS. DERECHO A GOZAR DE LA DENOMINADA “INMUNIDAD JURISDICCIONAL”	127
7.1. Fueros procesales.....	127
7.2. Inmunidad	128
7.3. El control previo de verosimilitud de la querrela para exigir responsabilidad penal a jueces y magistrados. (El intento de recuperar el “antejuicio”)	130
8. DERECHO A LA INAMOVILIDAD	132
8.1. Antecedentes históricos de la inamovilidad.....	133
8.2. Importancia de la inamovilidad como garantía de la independencia judicial.....	138
8.3. Conformación de la inamovilidad en nuestra LOPJ.....	140
8.4. La inamovilidad como garantía de la función.....	142
9. INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES DE JUECES Y MAGISTRADOS.....	144
9.1. Antecedentes.....	144
9.2. Marco normativo y proyección reglamentaria.....	145
9.3. Incompatibilidades absolutas, relativas y particulares	150
9.3.1. Incompatibilidades absolutas	150
9.3.2. Incompatibilidades relativas.....	153
9.3.3. Incompatibilidades particulares.....	156
9.4. La Solicitud de Compatibilidad.	161
9.4.1. Instrucciones, criterios y acuerdos del Consejo General del Poder Judicial para otorgar la compatibilidad.....	162
9.4.2. Requisitos para solicitar la compatibilidad.....	165
9.4.3. Actividades exceptuadas de la solicitud de compatibilidad.....	167
9.4.4. Límites a la actividad docente de Jueces y Magistrados	169
9.5. Prohibiciones de Jueces y Magistrados	173
10. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL ANTE INTROMISIONES EXTERNAS O INTERNAS	176
10.1. Prohibiciones del art. 12 de la LOPJ.....	178
10.2. De la inamovilidad.....	183
10.3. Tutela y problemática del art. 14 LOPJ.....	184

10.3.1. El art. 14 de la LOPJ desde la óptica del CGPJ.	188
10.3.2. Conductas susceptibles de ser encuadradas en el art. 14 de la LOPJ.	189
10.4. Tutela penal de la independencia judicial	191
10.5. Tutela de la función jurisdiccional por el sistema de responsabilidad disciplinaria.....	196
10.5.1. En lo que afecta a la relación del juez con otros órganos institucionales y con autoridades.	198
10.5.2. En materia de incompatibilidades.	201
10.5.3. En relación al secreto de las actuaciones.	204
10.5.4. En cuanto al deber de fidelidad de la constitución.....	205
10.5.5. Respecto de la prohibición de afiliación a partidos políticos o sindicatos, o el desempeño de empleos o cargos a su servicio.	207
10.5.6. Como faltas derivadas de la condición funcional del Juez.	207
10.5.7. Por lo que se refiere a la ocultación de la verdad en la solicitud de obtención de permisos, autorizaciones, declaraciones de compatibilidad, dietas y ayudas económicas.	214
10.5.8. Como conductas relativas a la independencia en el desempeño de la función jurisdiccional.....	215
11. DEBER DE ABSTENCIÓN Y DE RECONOCER COMO CIERTA (SI EFECTIVAMENTE LO ES) LA CAUSA DE RECUSACIÓN.	217
11.1. La Imparcialidad del Juzgador.....	217
11.2. Las Causas de abstención y recusación.....	221

PARTE SEGUNDA:

ESTATUS FUNCIONARIAL DE JUECES Y MAGISTRADOS

El Juez como funcionario público

1. EL JUEZ COMO FUNCIONARIO PÚBLICO.....	241
1.1. Función Pública.	242
1.2. Funcionario Público.....	246
1.3. Marco normativo del juez como funcionario público.....	250
2. ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE JUEZ O MAGISTRADO.	255
2.1. La oposición como mecanismo de acceso a la función pública judicial.	255
2.2. Requisitos legales para el ingreso en la Carrera judicial.....	262
2.3. Nombramiento.....	266
2.4. Juramento o Promesa.	271
2.5. Toma de posesión.....	274
2.6. Acceso a la carrera judicial por las categorías de Magistrado y Magistrado del Tribunal Supremo.	275
3. MODIFICACIONES QUE AFECTAN AL CARGO DE JUEZ O MAGISTRADO.	279
3.1. El cese por traslado.	280
3.2. El cese por ascenso.	284

3.3. Cese por traslado forzoso; supuestos legales.	285
Causa de incompatibilidad (artículos 394, y 391 a 393).....	285
Sanción disciplinaria.....	286
4. SITUACIONES EN LAS QUE PUEDE ENCONTRARSE EL JUEZ O MAGISTRADO.	287
4.1. Consideraciones previas.....	287
4.2. Servicio Activo.....	291
4.2.1. Régimen jurídico de los jueces adjuntos. Situación administrativa.	292
4.2.2. Características de los jueces adjuntos.	297
4.2.3. Delimitación de funciones, preferencia de los jueces adjuntos, y criterios para la selección de las plazas a ocupar por los mismos.	299
4.3. SERVICIOS ESPECIALES.	300
4.3.1. Concepto y regulación.	301
4.3.2. Tramitación y supuestos de servicios especiales.	302
4.4. SUSPENSIÓN DE FUNCIONES.....	304
4.4.1. Concepto y Clases.	304
4.4.2. Casos de suspensión.	306
4.4.3. Naturaleza jurídica.	308
4.4.4. Relevancia de la imputación en la suspensión.	309
4.5. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA.....	311
4.5.1. Excedencia voluntaria por colisión de dos cargos públicos.....	312
4.5.2. Excedencia voluntaria por interés particular.	313
4.5.3. Excedencia voluntaria por motivos familiares.	314
4.5.4. Excedencia voluntaria para participar como candidatos en elecciones para acceder a cargos públicos representativos y para ocupar cargos políticos o de confianza no determinantes de servicios especiales. (Art. 356 f) y 351 de la LOPJ).	314
4.5.5. Excedencia voluntaria para las Juezas y Magistradas víctimas de violencia de género.	315
5. LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE JUEZ O MAGISTRADO.	317
5.1. Consideraciones generales.	317
5.2. La Jubilación.	319
5.2.1. La jubilación forzosa por incapacidad permanente. Concepto.	320
5.2.2. Del procedimiento de jubilación por incapacidad permanente.	321
5.2.3. Jurisprudencia sobre la materia.	325
5.2.4. Modificaciones legales necesarias en los procesos de jubilación.....	327
5.3. La pérdida de la condición de Juez como consecuencia de condena penal.	330
5.3.1. Consideraciones generales.	330
5.3.2. Incidencia jurisprudencial sobre la materia.	334
6. DEBERES DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS.	336
6.1. La desaparición del deber de Excedencia forzosa.....	336
6.2. Deber de Residencia.	339
6.3. Deber de asistencia al órgano judicial y deber de audiencia.	342
6.4. Deber de fidelidad a la constitución.	344
6.5. Deber de respeto.....	346
6.6. Deber de secreto.....	347
6.7. Deber de llevar a cabo el alarde.	350
6.7.1. Elaboración del alarde.	350
6.7.2. Contenido del Alarde.	353
6.7.3. El alarde de las causas ante el Tribunal del Jurado.....	355

7. DERECHOS DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS A PERMISOS, LICENCIAS Y VACACIONES.	357
7.1. Consideraciones generales.	357
7.2. Vacaciones anuales.	360
7.3. Permisos de tres días y permiso extraordinario.	363
7.4. Licencias por razón de matrimonio, en caso de parto y adopción.....	364
7.5. Licencias para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y las ausencias de las juezas y magistradas víctimas de la violencia de género.	366
7.6. Licencias por enfermedad.	368
7.7. Licencia para realizar estudios.	369
7.7.1. Licencia para realizar estudios generales.	369
7.7.2. De la licencia para realizar estudios relacionados con la función judicial. ...	370
7.8. Licencia por asuntos propios.	373
7.8.1. Cuando obedece a la especial dificultad con que se ejerce la jurisdicción... 374	
7.8.2. Cuando obedece a la especial gravedad de la situación personal del juez o Magistrado.	375
7.9. Licencias extraordinarias.	377
8. DERECHO A LOS HONORES Y TRATAMIENTO Y DERECHO AL ASCENSO Y A LA PROMOCIÓN PROFESIONAL.	379
8.1. DERECHO A LOS HONORES, TRATAMIENTO, TRAJES, E INSIGNIAS. ...	379
8.2. DERECHO AL ASCENSO Y A LA PROMOCIÓN PROFESIONAL.	382
8.2.1. Consideraciones generales.	382
8.2.2. Reglas del sistema de provisión de destinos.	385
8.2.3. Importancia de la especialización en la carrera judicial.	387
9. DERECHOS DE PARTICIPACIÓN.	391
9.2. DERECHO DE ASOCIACIÓN PROFESIONAL Y DE AFILIACIÓN A LAS MISMAS.	391
9.1.1. La previsión Constitucional del derecho de Asociación de Jueces y Magistrados.	391
9.1.2. Intervención de las Asociaciones Judiciales en el ámbito del Poder Judicial.	395
9.1.3. Elementos esenciales del derecho de Asociación.	398
9.1.4. Derecho de Asociación de Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos.	399
9.2. DERECHO A PARTICIPAR EN LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO INTERNO DEL PODER JUDICIAL.	402
9.3. LAS ASOCIACIONES DE JUECES Y EL DERECHO DE HUELGA.....	405
9.3.1. Las Asociaciones de jueces y la participación política.	405
9.3.2. El derecho de huelga.....	408
10. DERECHO A LA REHABILITACIÓN.	417
10.1. Concepto y elementos de la rehabilitación.	417
10.2. Los diferentes supuestos de rehabilitación y sus características.	418
- Un supuesto específico; la rehabilitación del Juez condenado a la pena de inhabilitación.....	419
11. DERECHO AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY.	421
11.1. Derecho a la predeterminación legal del Juez. Concepto y contenido.	421
11.2. Predeterminación del órgano judicial y de la demarcación y planta de los órganos judiciales.	424
11.3. Predeterminación de la composición personal del órgano judicial.	427

11.3.1. Especial atención a las sustituciones.....	428
11.3.2. De las medidas de refuerzo y de apoyo.	432
11.4. Predeterminación de la competencia y de los criterios de reparto.	434
12. BREVE REFERENCIA AL ESTATUTO DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO.	437
12.1. Regulación.	437
12.2. La magistratura de ejercicio.....	441
12.3. Régimen de incompatibilidades.....	442
12.4. Régimen retributivo.....	443
CONCLUSIONES.....	445
BIBLIOGRAFIA.....	459
ANEXO I: REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA CITADA POR MATERIAS	495
ANEXO II: REPERTORIO DE ACUERDOS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL CITADOS ORGANIZADOS POR MATERIAS	507
ANEXO III: INFORMES, INSTRUCCIONES, ACUERDOS DEL JEFE DE INSPECCIÓN Y GUÍAS DE CRITERIOS CITADAS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.....	513

Abreviaturas

AAVV	Autores Varios
Ac	Acuerdo
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
Art/s	Artículo/s
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cfr	Confrontar
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
Cont.-Advo.	Contencioso Administrativo
D.A.	Disposición Adicional
DSCD	Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados
Ed	Editorial
EDJ	Base de Datos El Derecho
EGA	Estatuto General de la Abogacía
Etc	Etcétera
EVI	Equipo de Valoración de Incapacidades
FJ	Fundamento jurídico
ISFAS	Instituto Social de las Fuerzas Armadas
LDyPJ	Ley de Demarcación y Planta Judicial
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LFCE	Ley de Funcionarios Civiles del Estado
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa
LO	Ley Orgánica
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LOPDCP	Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPM	Ley Orgánica Procesal Militar
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
MF	Ministerio Fiscal
MUFACE	Mutualidad General de los Funcionarios Civiles del Estado
MUGEJU	Mutualidad General Judicial
Núm.	Número
Op. Cit.	Obra citada
Parág.	Parágrafo
PJ	Poder Judicial
RAA	Reglamento de Aspectos Accesorios de las actuaciones judiciales
RAE	Real Academia Española de la Lengua
RAP	Revista de Administración Pública
RCJ	Reglamento de la Carrera Judicial
R.D.P.Ib.	Revista de Derecho Procesal Iberoamericana
Regl.	Reglamento

ABREVIATURAS

RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJ	Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi-Westlaw)
RJCr.	Repertorio de Jurisprudencia Criminal
ROGT	Reglamento de los Órganos de Gobierno de los Tribunales
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional (Aranzadi-Westlaw)
SAR	Su alteza Real
SS	Siguientes
SSMM	Sus Majestades
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STS Ca	Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Cont-Advo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
Trad.	Traducción
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TTSSJJ	Tribunales Superiores de Justicia
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
Vid.	Véase
Vgr	Verbigracia
Vs	Contra

INTRODUCCIÓN

En este trabajo pretendemos abordar el Estatuto de Jueces y Magistrados, entendiendo este como el Régimen Jurídico que se determina en relación a la condición personal del Sujeto, en este caso los Jueces y Magistrados.

Sin duda, del Juez se han expresado muchas opiniones, y se han realizado muchas definiciones a lo largo del tiempo, recordemos como ARISTOTELES señalaba que “*El Juez es la justicia viva*”¹, y desde este filósofo a nuestros tiempos han sido mucho los conceptos y apreciaciones que sobre el Juez se han hecho, pero hemos de convenir que siempre ha sido una constante la dificultad en incardinar al juez y delimitar su estatuto dentro de una estructura burocrática y estatal por sus especiales perfiles, en especial a partir del siglo XIX, es por ello que FIX ZAMUDIO afirmaba que “*el Juez contemporáneo no sólo es funcionario técnico, sino que, desde el punto de vista sociológico, es un mediador institucional de conflictos jurídicos, y por ello no sólo se requiere que sea un excelente jurista sino también y de manera esencial, un profundo conocedor de la sociedad en que vive, de manera que esté capacitado para percibir lo que existe bajo la superficie del conflicto inmediato que se somete a su decisión y las consecuencias e implicaciones que va a tener su resolución*”². Dicho de otra manera, a la hora de abordar la realidad del juez existen una serie de inter-relaciones entre el juez-hombre, el juez-funcionario, y la función del juez, que es preciso deslindar y clarificar, en definitiva como decía TOMAS Y VALIENTE “*Los conceptos de independencia del Poder, de la función, y de la persona integrada en aquél y titular de ésta están íntimamente vinculados, pero no se corresponden con la misma realidad jurídica, ni son la misma cosa, ni están protegidas por los mismos mecanismos de garantía, aun cuando todos ellos se hallan encaminados en último término a que la figura del juez imparcial sea una realidad*”³.

En nuestro trabajo tratamos el estatuto del juez y magistrado, y en el mismo elemento transversal y central la función que tiene encomendada el juez, el ejercicio de la jurisdicción, y las condiciones en las que esta ha de llevarse a cabo, es decir con independencia e imparcialidad. No podemos olvidar que si existe alguna referencia mítico-trascendente, casi taumatúrgica a la condición de juez, es sin duda, la de su independencia. En la abundante literatura que glosa la figura y la función de los jueces no hay ni una sola obra que no hable de manera directa o indirecta de su suprema condición: la independencia. Asimismo hemos de señalar que la independencia de los jueces ha cobrado un nuevo significado, pudiendo decir actualmente que se circunscribe tanto a la libertad de acción del juez, como a las garantías de esa libertad. Es decir el Juez en el ejercicio de la función jurisdiccional no tiene subordinación jerárquica a ningún órgano o sujeto (independencia orgánica), y asimismo tiene una especial posición derivada del mandato general del ordenamiento que prohíbe cualquier

¹ ARISTOTELES, en *La Ética de Nicomano, Libro V*.

² FIX ZAMUDIO, H., *Los Problemas contemporáneos del Poder Judicial*, en Problemas actuales de la Justicia (homenaje a Gutiérrez-Alviz y Armario), Valencia 1988, pág. 143.

³ TOMAS Y VALIENTE, F., *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*, en *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Madrid 1996, pág. 152.

interferencia sobre su actuación jurisdiccional, dentro de la cual el juez actúa con plena libertad (independencia subjetiva y funcional).

Es por ello que hemos considerado adecuado estructurar nuestro trabajo en dos partes, diferenciadas pero inter-relacionadas. En la primera nos ocupamos de lo que hemos denominado “Estatus jurisdiccional”, y abordamos el estatuto de los Jueces y Magistrados desde los principios que lo configuran y desde la perspectiva de la función que pretende garantizar, y en la segunda parte que titulamos “Estatus funcional” de jueces y magistrados analizamos el juez desde la perspectiva de su condición como funcionario público y sujeto de una relación dinámica de servicios de la función pública que tiene encomendada por la administración del Estado. Sin duda alguna la inter-relación de ambas partes es manifiesta y por ello hay aspectos que pudiendo conformar una unidad temática han sido abordados en ambas partes del trabajo desde puntos de vista diferentes, y asimismo ha habido otras cuestiones en las que se ha optado por ubicarlas en una parte o en otra para evitar duplicidades y reiteraciones y para hacer más coherente y sistemático el contenido expuesto.

Sin duda la mayor parte de las cuestiones que tratamos tienen por sí mismas interés suficiente para ser objeto de un estudio independiente y pormenorizado. No es necesario recordar el interés que han suscitado y suscitan temáticas como la inamovilidad, la independencia del juez o la imparcialidad por dar algunos ejemplos. No obstante nuestra pretensión es analizar el estatuto del juez y magistrado desde esta doble vertiente, la jurisdiccional y la funcional, y para ello utilizamos como elemento transversal e hilo conductor el concepto de función, función jurisdiccional e independencia en el ejercicio de esta función como garantía del titular de la misma y del justiciable.

I. Bajo la rúbrica de “Estatus jurisdiccional de Jueces y Magistrados”, en la primera parte, se analizan la especialidad de la función pública encomendada al Juez, y que justifica diferenciaciones respecto de otras funciones públicas y de otros funcionarios públicos, estas especialidades arrancan desde la selección de los futuros jueces, puesto que no se puede ni se ha de poder condicionar o hipotecar su independencia en la función que se les encomienda, siendo por ello los aspectos de la selección de Jueces y Magistrados de gran interés, más aún en la actualidad en que se está poniendo en duda el sistema de oposición, y planteándose la incorporación de otros mecanismos alternativos.

Analizamos también en qué consiste esa función para lo cual es esencial partir de las diferencias de administración y jurisdicción, y tratamos el devenir de la función judicial a la función jurisdiccional para poder delimitar la jurisdicción como una garantía que se concreta en el Estatuto de jueces y magistrados como elemento básico, esencial y garantizador del ejercicio de la función jurisdiccional, que incluso permite la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales de los integrantes del Poder Judicial como titulares de la función jurisdiccional⁴.

Y es por ello por la cual hemos de ver los límites y el alcance de dicho estatuto, en especial en lo que se refiere a la potestad reglamentaria, por que no hemos de olvidar que la independencia se justifica en el cumplimiento de la función. Señala MONTERO

⁴ Vid. Art. 127 CE.

AROCA que “el que los Jueces y Magistrados han tenido, tienen y deben tener un estatuto propio, distinto del de los demás funcionarios, es en atención a la función que desempeñan..... Sólo en tanto sea necesario para el buen cumplimiento de la función se justifica un Estatuto especial”⁵. Pero es más, el tratamiento específico del Juez, su independencia y libertad, no procede de su función de Juez, sino de la necesidad de garantizar dicha función, por lo que la independencia ha de ir acompañada de la responsabilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Continuamos el estudio con el análisis del concepto de independencia judicial como elemento básico del ejercicio de la función jurisdiccional, donde hemos de distinguir, y a la vez relacionar, independencia, poder y función judicial. Asimismo hemos de distinguir la independencia de la imparcialidad del juez, puesto que el juez puede ser independiente y, sin embargo, no ser imparcial y viceversa. Y como ya ha dejado señalado la doctrina la independencia constituye una nota esencial de la jurisdicción como potestad, mientras que la imparcialidad afecta a la jurisdicción como función⁶.

Por otro lado la perspectiva de la independencia judicial como derecho del juez en cuanto titular de la función judicial, nos permitirá distinguir dos tipos de derechos, los vinculados al ejercicio del cargo: unos que corresponden a Jueces y Magistrados como titulares de la función judicial, y otros los ostentan como titulares de situaciones subjetivas de empleo. No obstante hay que advertir que este segundo grupo de derechos está afectado y matizado por la especial función asignada a los Jueces y Magistrados.

En este sentido se aborda la independencia judicial en sus dos vertientes, la independencia judicial ad-intra y la independencia judicial ad-extra, cuyos límites no son en absoluto nítidos, si se tienen en cuenta además que las garantías establecidas en la Ley entremezclan constantemente ambos aspectos. Respecto de la primera es esencial observar como a lo largo del tiempo ha ido adquiriendo importancia pues no se había previsto la incidencia de las acciones de los órganos de Gobierno del Poder Judicial en la vida profesional de jueces y magistrados, no sólo en lo que se refiere a ascensos, promoción profesional e independencia, donde los nombramientos en régimen de discrecionalidad han supuesto entre otros un elemento de confrontación y de inestabilidad, sino también hemos de decir que es muy importante la capacidad de injerencia por la vía de las normas disciplinarias. Por lo que se hace necesario conciliar la independencia en el ejercicio de la función con la sujeción jerárquica propia de la relación funcional.

En lo que se refiere a la segunda vertiente, a la independencia judicial ad-extra, en la misma se trata los ataques e injerencias a la independencia judicial, por parte de autoridades e instituciones (de otros poderes del Estado), respecto de las partes procesales y del objeto litigioso, y por último frente a la sociedad y a los medios de comunicación. Ahora bien, la independencia ha de ser entendida como dice BERGALLI

⁵ MONTERO AROCA, J. “La Función Jurisdiccional y el “status” de jueces y magistrados”, Documentación Jurídica, Tomo XII, Ene-Jun. 1985, núm. 45-46. Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia, pág. 93.

⁶ La primera se predica del momento constitucional, la segunda del momento procesal. Y por otra parte la independencia constituye un presupuesto y un instrumento de la imparcialidad, necesario pero no suficiente.

como “independencia frente a los otros poderes del Estado y a los centros de decisión de la propia organización judicial, pero no como separación de la sociedad civil ni como cuerpo separado de toda forma de control democrático y popular”⁷.

El análisis y estudio de la independencia judicial quedaría huérfano si no fuera acompañado de una exposición de los mecanismos de protección de la misma ante las intromisiones externas o internas. Y es que las dificultades que plantea la independencia judicial no se encuadran tanto en su existencia como en su efectividad, por lo que hemos de prestar especial atención al funcionamiento de sus garantías y límites. En esta primera parte dedicamos específicamente un epígrafe a esta cuestión que, en primer lugar, aborda la protección desde el Estatuto de Jueces y magistrados, en concreto las prohibiciones del art. 12 de la LOPJ, la tutela y problemática que plantea el art. 14 del mismo texto legal, y la inamovilidad, aunque esta se desarrollará en un epígrafe posterior. En segundo lugar desde la óptica penal, y en tercer lugar desde el sistema de responsabilidad disciplinaria, en el que se trata la relación del juez con otros órganos institucionales y con autoridades (desatención de requerimientos, obstaculización de las labores de inspección etc.), en materia de incompatibilidades, respecto del incumplimiento de deberes, etc.

Forma parte del análisis del estatus jurisdiccional de jueces y magistrados el estudio del derecho a una retribución que posibilite la independencia económica, por cuanto que la misma forma parte de la dignidad de la función y a su vez es un mecanismo de intromisión del ejecutivo en el quehacer jurisdiccional. Asimismo la inviolabilidad, inmunidad y aforamientos, es decir lo que se conoce como la inmunidad jurisdiccional, que son justificables como garantías de la función jurisdiccional, pero nunca como privilegios personales, y que intenta proteger a los Jueces y Magistrados de aquellas acciones de otras autoridades que pudieran suponer un menoscabo en su función, afectando su actividad jurisdiccional o dirigiendo su voluntad. Por último hemos de destacar el intento de recuperar el “antejuicio”, con el control previo de verosimilitud de la querrela para exigir responsabilidad penal a jueces y magistrados.

Como hemos señalado anteriormente, dedicamos un epígrafe específico al derecho a la inamovilidad de Jueces y Magistrados. De todas las garantías de la independencia judicial posiblemente la más importante es la inamovilidad judicial, y así lo destaca parte de la doctrina⁸. Es por ello por lo que le dedicamos una especial atención como garantía esencial de la independencia judicial que actúa completamente al margen del status funcional o no del juez. Desde este punto de vista la inamovilidad es mucho más amplia y podría decirse también más flexible por cuanto no sólo es un principio general instrumental a la independencia sino que, al ser una garantía

⁷ BERGALLI, R. *Estado Democrático y cuestión Judicial. Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial*. De Palma. Buenos Aires, 1984, pág. 101.

⁸ Vid. GIMENO SENDRA, V. *El control de los jueces por la sociedad*, Poder Judicial nº 48, pág. 38. y GONZALEZ GRANDA, P. *Independencia del Juez y control de su actividad*. E. Tirant Lo Blanch, Valencia 1993, pág. 19.

En contra de la importancia de la inamovilidad MORENO CATENA, V. y CORTES DOMINGUEZ, V. dicen que “La inamovilidad es una garantía más de la independencia judicial, ta vez ni la más importante ni la más característica” y “no es exclusiva de los jueces y magistrados, sino que en la actualidad se extiende a un buen número de trabajadores y a la práctica totalidad de los funcionarios públicos” *Introducción al Derecho Procesal*. Ed. Tirant Lo Blanch, 3ª edición, Valencia 2008, pág. 130.

de la misma, también debe concretarse o adaptarse en y a las exigencias que la independencia exija en cada caso particular. Y esta perspectiva es vital para analizar la incidencia no sólo en magistrados suplentes, jueces sustitutos, jurados y jueces de paz, sino también en jueces y magistrados adjuntos y adscritos.

Por otro lado las incompatibilidades y prohibiciones de Jueces y Magistrados, al igual que la inamovilidad, también son garantías de la independencia judicial, teniendo su espacio en esta parte del trabajo dedicada al estatus jurisdiccional. Podemos decir que por la inamovilidad se concede al Juez un ámbito de seguridad personal en el ejercicio de su función que pretende impedir contaminaciones “externas” y a través de las incompatibilidades y prohibiciones se pretenden excluir las posibilidades de que el Juez se autocontamine. En este sentido nos ocupamos de los antecedentes y del marco normativo y desarrollo reglamentario de las incompatibilidades a las que clasificamos en absolutas, que excluyen totalmente el ejercicio de la función jurisdiccional conjuntamente con el ejercicio de cualesquiera otras funciones y de actividades no jurisdiccionales que se detallan legalmente, relativas que no impiden o excluyen el ejercicio de la función jurisdiccional en cualquier caso, sino que lo que hacen es limitarlo en determinadas circunstancias y lugares, y se permite en su caso la dispensa de dicha incompatibilidad y por último incompatibilidades particulares que son las referidas a las situaciones de parentesco entre jueces o magistrados y de éstos con los profesionales, debiendo entenderse comprendidas dentro de este apartado también las situaciones de hecho a ellas asimiladas cuando exista una unión de forma estable por análoga relación de afectividad.

Por lo que se refiere a las prohibiciones, las mismas al igual que las incompatibilidades persiguen la imparcialidad del juzgador en el ejercicio de la función que tienen encomendada. A algunas prohibiciones se hace referencia el tratar la independencia ad-intra, y de otras nos ocupamos en la segunda parte de este trabajo, no obstante es oportuno hacer aquí una referencia a las mismas, por su vinculación con la imparcialidad del juzgador, y en especial recogiendo lo dispuesto en los arts. 391 y 393 de la LOPJ.

En lo que afecta al deber de abstención y de recusación, siendo esta una causa de incompatibilidad relativa, y dada su importancia para asegurar la imparcialidad del juzgador, podemos observar como la jurisprudencia ha ido abriendo camino para entender como abierta o al menos matizable u objeto incluso de alguna adición la lista de motivos de abstención y recusación. En nuestro trabajo se ha optado por dedicarle un epígrafe concreto, en el que se aborda la imparcialidad del juzgador y las distintas causas específicas de abstención y recusación.

Por otro lado se abordan también los criterios y requisitos para solicitar la compatibilidad para una segunda actividad, dando cuenta del desarrollo reglamentario del CGPJ en esta cuestión y haciendo referencia a las decisiones adoptadas por el órgano de gobierno de los Jueces y Magistrados en la materia. Hemos de tener en cuenta la casuística que existe y la importancia de los límites y condiciones que impone el CGPJ para el desarrollo de una segunda actividad, y en especial cuando se trata de Presidentes de TTSSJJ. En cuanto a los requisitos tanto formales como materiales, es también de interés analizar quien valida o comprueba el cumplimiento de los mismos. Por último también se analizan las actividades exceptuadas de la solicitud de compatibilidad y los límites a la actividad docente de jueces y magistrados. Y con esto finalizamos la primera parte del trabajo.

II. Por lo que se refiere a la segunda parte del trabajo dedicada al “Estatus funcional de Jueces y Magistrados”, en la misma, pretendemos analizar el estatuto de Jueces y Magistrados desde la perspectiva funcional, es decir desde la óptica administrativa que afecta al Juez o Magistrado como funcionario público, debiendo decir ya de desde estas líneas, que la relación de servicios de los integrantes de la Carrera Judicial, en sus rasgos esenciales no es distinta de la que tiene cualquier funcionario público. Por lo tanto en esta segunda parte del trabajo incumbe abordar la realidad de que el Juez, además de Juez e integrante de uno de los poderes del Estado es también funcionario público, y como tal, tiene una relación de servicios con la administración del Estado. Los distintos aspectos de esta relación de servicio son el objeto de análisis en esta segunda parte del trabajo, desde la perspectiva del funcionario público, pero también considerando la perspectiva del titular de la función jurisdiccional por cuanto que ambas perspectivas están íntimamente unidas y proyectan sus efectos la una sobre la otra.

Si la primera parte del trabajo la comenzábamos hablando de la especialidad de la función pública encomendada al juez, de la función judicial a la función jurisdiccional y del Estatuto de Jueces y Magistrados como garantía de la función judicial, esta segunda parte la iniciamos hablando del Juez como funcionario público, y de la función pública, advirtiendo que la misma es paralela al devenir de las distintas sociedades o agrupamientos sociales y a su organización, por lo que no se ha mantenido inmutable a lo largo del tiempo sino que se ha ido acomodando a cada realidad, por lo que podemos convenir que la función pública es dinámica y cambiante conforme también lo son las colectividades humanas. Es más, podemos decir que la administración actual ha desbordado el concepto de función pública, convirtiéndolo en un concepto dinámico que crece a costa de reducir la función social y de interferir con las funciones privadas.

Una vez fijada el concepto de función pública, corresponde transitar del mismo al de funcionario público, y esta cuestión, aunque pudiera parecer lo contrario, no es pacífica, puesto que la Administración pública, en busca del interés general que persigue, ha incidido directamente en la creación de nuevas relaciones jurídicas que en relación al concepto general de “personal al servicio de la Administración Pública”, dificultan el delimitar lo que se entiende por funcionario público. Desde un sentido etimológico que definiría al funcionario público como cualquier persona que desempeña una función pública, o que participa en la gestión de los asuntos públicos, y que sería un concepto amplísimo, a una definición técnica y estricta en la que por funcionario público se entendería a la persona que profesionalmente presta sus servicios en la administración pública en virtud de una relación jurídica regulada por el Derecho Administrativo⁹, existe mucha distancia. No obstante hemos de decir que el Estatuto básico de la función pública habla de empleados públicos¹⁰ como aquellas personas que desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales, tratándose como vemos de una definición mucho más amplia que la de funcionario público, pues todo funcionario público es empleado público, pero no a la inversa.

⁹ Art. 1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964.

¹⁰ Art. 8.1 de la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público.

En este acercamiento al concepto de funcionario público es conveniente asomarse al ámbito penal, en el que una vez delimitado el concepto de funcionario público en un sentido amplio, que supera el ámbito del derecho administrativo, se ocupa de proteger el correcto ejercicio de la función pública dedicando el Título XIX del libro II del Código Penal a los Delitos contra la Administración Pública, y asimismo persigue la especial protección del ejercicio de la función jurisdiccional dedicando el Título XX del referido Libro II de dicho texto legal a los delitos contra la Administración de justicia. Es decir, dentro de la Administración Pública, el legislador penal ha considerado necesario un tratamiento específico para aquellos delitos dirigidos contra la Administración de justicia, distinguiendo esta parte de la administración del resto.

Por otro lado también se analiza el marco normativo regulador de la relación de servicios de los jueces y magistrados, desde el punto de vista del Derecho Administrativo con la Administración del Estado, es decir el marco normativo del Juez como funcionario público, y como podemos constatar la Constitución Española se ocupa de los Jueces y Magistrados de una manera muy distinta a como lo hace del resto de los funcionarios públicos para los que prevé una remisión en bloque a la Ley en el art. 103.3 CE. Nuestra Constitución reserva la materia que nos ocupa, la específica relación de servicios de Jueces y Magistrados para ser regulada por la LOPJ¹¹, y ello fundamentado en la especial naturaleza de la función atribuida a Jueces y Magistrados. Asimismo, al prever que el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados será determinado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, también señala que los Jueces y Magistrados formarán un Cuerpo Único estructurándose en una carrera Judicial o lo que es lo mismo en una Carrera profesional.

En un primer acercamiento a la carrera judicial y observando el tratamiento sistemático que le dispensa la LOPJ, nos lleva a distinguir su doble condición o estatus, por un lado la carrera judicial como una carrera o estatus funcionarial en la medida que los Jueces y Magistrados también son funcionarios públicos al servicio del Estado, y por lo tanto ejercen un servicio profesional y retribuido con carácter de permanencia, y por otro lado la carrera judicial o estatus judicial en la que se integran los Jueces y Magistrados que constituyen el poder judicial que se concreta y realiza en todos y cada uno de los actos judiciales mediante los cuales se ejerce la potestad jurisdiccional.

Continuamos también en el estudio del estatus funcionarial de Jueces y Magistrados, analizando la adquisición de la condición de Juez o Magistrado. Se trata la oposición como mecanismo de acceso a la función pública judicial, pues no hemos de desconocer que las modalidades de reclutamiento de estos funcionarios son relevantes tanto para la calidad global de la justicia como para la independencia e imparcialidad del juez. Se tratan también los requisitos legales para el ingreso en la carrera judicial, con la problemática que plantea relativa a la delimitación de los impedimentos físicos y/o psíquicos incompatibles con la función judicial, los aspectos relativos al nombramiento, debiendo advertir aquí que por razones de vinculación y afección al concepto de independencia judicial se trató ya en la primera parte, en el apartado dedicado a la independencia judicial ad-intra, los nombramientos discrecionales al amparo de la LO 2/2004 de 28 de diciembre, con toda la problemática que planteaban. Por otro lado se aborda el juramento o promesa, la toma de posesión, y por último el

¹¹ Art. 122 CE.

acceso a la carrera judicial por las categorías de Magistrado y Magistrado del Tribunal Supremo.

Una vez que se ha nombrado al Juez o Magistrado, y que este ha jurado o prometido el cargo y asimismo ha tomado posesión del mismo, incorporándose a su destino queda establecida la relación de servicio público, en el desempeño de la función jurisdiccional. Esta relación de servicio tiene un componente dinámico de tal manera que existen elementos, circunstancias o incidencias, que afectan directamente a dicha relación de servicio conformándola nuevamente, y que se denominan “*derechos funcionales*” que son los que corresponden específicamente a la condición de funcionario y están inherentemente ligados a su estatuto particular como servidores públicos y a la carrera administrativa. En este momento es en el que analizan el cese por traslado, el cese por ascenso, y los supuestos legales de cese por traslado forzoso (causa de incompatibilidad y sanción disciplinaria), todas estas cuestiones con incidencia en lo que podemos denominar derecho al cargo.

A continuación se tratan las situaciones subjetivas en las que puede encontrarse el Juez o Magistrado, pues el desarrollo y posterior evolución de la relación de servicios de los miembros de la carrera judicial es un asunto esencial en el estatuto judicial, en cuanto que incide en la independencia judicial y en segundo lugar afecta directamente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva habida cuenta que el contenido objetivo de este derecho es precisamente el ejercicio de la jurisdicción que ha de llevarse a cabo en condiciones de normalidad. En definitiva el análisis de la relación de servicios de los miembros de la carrera judicial también es muy importante de cara a distinguir entre los elementos y características de la dimensión funcional de otros elementos y características que son predicables de los Jueces y Magistrados como integrantes del poder difuso en que consiste el ejercicio de la jurisdicción. Esta distinción importante, como decimos a nivel estatutario tiene gran proyección y gran relevancia a la hora de entender los límites de la actividad gubernativa que pueda desplegar el CGPJ tanto en vía de inspección como dentro de ejercicio de la potestad disciplinaria.

Estudiamos la situación de servicio activo de los jueces y magistrados dedicando una especial atención al régimen jurídico de los Jueces adjuntos examinando sus características, pues se trata de una modalidad de ejercicio de la función judicial que es una situación excepcional y transitoria que no afecta al principio de inamovilidad, delimitando sus funciones, la preferencia de los jueces adjuntos sobre los magistrados suplentes y jueces sustitutos, y los criterios para la selección de las plazas a ocupar por los Jueces adjuntos.

Una vez tratada la situación de servicio activo abordamos los servicios especiales como la situación más próxima a la misma, analizando su regulación, y los distintos supuestos. A continuación se analizan las situaciones estatutarias de privación temporal del derecho-deber del ejercicio de la función jurisdiccional, y de la suspensión de funciones en sus distintas modalidades (suspensión provisional, y definitiva) abordando el reingreso en el servicio activo de los suspensos, los casos de suspensión, la naturaleza jurídica de la misma (pues ya no tiene naturaleza cautelar en un sentido estricto), y la relevancia de la imputación en la suspensión.

Otra de las situaciones en las que se puede encontrar el Juez o Magistrado es la de excedencia voluntaria (por colisión de dos cargos públicos, por interés particular, por

motivos familiares, por participar como candidatos en elecciones para acceder a cargos públicos representativos y para ocupar cargos políticos o de confianza no determinantes de servicios especiales, para las Juezas y Magistrados víctimas de violencia de género), en la que como es natural no se ejercen funciones jurisdiccionales, no se produce reserva de plaza, y mientras el Juez o Magistrado se encuentre en ella, no devengará retribuciones ni le será computado el tiempo que haya permanecido en tal situación a efectos de ascensos, antigüedad y derechos pasivos, con excepción de la excedencia voluntaria por cuidado de hijos y para atender a un familiar.

Con esto damos por finalizado el apartado dedicado a las situaciones en las que se puede encontrar el Juez o Magistrado y abordamos la pérdida de dicha condición de Juez o Magistrado, observando que los supuestos de pérdida no son sino un correlato de las condiciones que para el ingreso en la Carrera Judicial se prevén en la LOPJ, encontrando importantes deficiencias en las que ha incurrido el legislador. Se trata, como no podía ser de otra manera, de la jubilación, llevando a cabo un análisis exhaustivo de la jubilación forzosa por incapacidad permanente, puesto que la jubilación es un derecho del Juez como asimilado o como funcionario público que es en definitiva el juez, y por otro lado la jubilación es una garantía para la sociedad en general y para el justiciable en particular, una garantía de que la función judicial se desempeña y se presta en las condiciones de plenitud necesarias. Se aborda la situación actual del procedimiento de jubilación por incapacidad permanente, destacando sus problemas y la jurisprudencia sobre la materia, proponiendo al final de este punto modificaciones legales que consideramos necesarias. Por otro lado también se analiza la pérdida de la condición de Juez como consecuencia de condena penal con las problemáticas que conlleva y exponiendo la jurisprudencia que existe sobre la cuestión.

A continuación se afronta el estudio de los deberes de los Jueces y Magistrados. Hemos de decir que los deberes de los funcionarios, a pesar de la poca atención que le presta la doctrina no carecen de importancia, y ello, en primer lugar, porque desde el punto de vista institucional o del interés público la regulación de los deberes pretende proteger determinados bienes jurídicos que también tienen su espacio entre los principios constitucionales. En segundo lugar desde el punto de vista del funcionario, porque la infracción de los deberes lleva normalmente aparejada la posibilidad de imposición de una sanción y de ahí que, en términos de garantía, sea también necesario precisar el contenido y alcance de cada deber, y en tercer lugar, desde una perspectiva dogmática, porque el listado de deberes de los funcionarios y su regulación legal, en la actualidad no tiene la claridad y nitidez que sería necesaria.

Dentro de los deberes de Jueces y Magistrados nos ocupamos en primer lugar de la desaparición del deber de excedencia forzosa. En este caso el supuesto no está previsto en la LOPJ, por lo que su desarrollo reglamentario no tiene vigencia alguna y por lo tanto el capítulo V dedicado a la excedencia forzosa del título XI del RCJ carece de sentido. También se trata el deber de residencia, el deber de asistencia al órgano judicial, el deber de audiencia, el deber de fidelidad a la constitución, el deber de respeto, el deber de secreto y el deber de llevar a cabo el alarde, debiendo advertir que de estos deberes también dimos cuenta en la primera parte del trabajo en el epígrafe dedicado a la tutela de la función jurisdiccional por el sistema de responsabilidad disciplinaria, dentro del apartado en el que se trataban los mecanismos de protección de la independencia judicial ante intromisiones externas o internas.

Una vez abordados los deberes de Jueces y Magistrados, afrontamos el estudio de los derechos de los mismos. Ya, en la primera parte del trabajo nos ocupamos del derecho a una retribución que posibilite la independencia económica y del derecho a la inamovilidad, en esta segunda parte estudiamos un grupo de derechos típicamente funcionariales, el derecho a permisos (de tres días y permisos extraordinarios), licencias (por razón de matrimonio, en caso de parto y adopción, para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por enfermedad, para realizar estudios generales o relacionados con la función judicial, licencia por asuntos propios distinguiendo cuando obedece a la especial dificultad con que se ejerce la jurisdicción, o cuando obedece a la especial gravedad de la situación personal del Juez o Magistrados, y por último licencias extraordinarias), y vacaciones (su regulación legal, y derecho a vacaciones anuales que naturalmente también alcanza a Magistrados suplentes y Jueces sustitutos).

Dedicamos también un epígrafe al derecho a los honores, tratamientos, trajes e insignias de Jueces y Magistrados. Recogiendo aquí lo dispuesto en la normativa orgánica y también lo señalado en el Reglamento 2/2005 de honores, tratamientos y protocolo en los actos judiciales solemnes del CGPJ, pues como señala su preámbulo no se trata de una cuestión de imagen sino de la adecuada ubicación del poder judicial, de sus integrantes y órganos de gobierno en el seno de las relaciones institucionales, lo que permite visualizar el rango y régimen constitucional del poder judicial y su solemnidad como poder del Estado. A continuación nos ocupamos del derecho al ascenso y a la promoción profesional, debiendo señalar que ya en la primera parte del trabajo al analizar la independencia judicial ad-intra abordamos los peligros de afección de la independencia judicial por la actuación de los órganos de gobierno del Poder Judicial sobre el ascenso y la promoción profesional de Jueces y Magistrados por lo que en este epígrafe nos remitimos al apartado referido. No obstante analizamos aquí el ascenso, y la combinación de los criterios de antigüedad y de especialización, las reglas del sistema de provisión de destinos, y la importancia de la especialización en la carrera judicial. En realidad no se maneja una idea clara de especialización en la LOPJ. La antigüedad y permanencia en el orden jurisdiccional que se tiene como criterio distinto al de la especialización, sin embargo forma parte de ella, porque uno de los factores de especialización es, precisamente el ejercicio continuado de la jurisdicción en el orden de que se trate.

A continuación dentro del apartado referido a los Derechos de Participación, analizamos en primer lugar el derecho de asociación profesional y de afiliación a las mismas, en segundo lugar el derecho a participar en los órganos de gobierno del poder judicial, y en tercer lugar las asociaciones de jueces y el derecho de huelga. Respecto del derecho de asociación de Jueces y magistrados, hemos de decir que la prohibición de pertenencia a partidos políticos y sindicatos es el que ha generado más polémica sin duda alguna. Por otro lado al ser las asociaciones de Jueces y Magistrados Asociaciones Profesionales, no podemos desconocer que se trata de una actividad asociativa en la que sus miembros que son trabajadores, que ejercen una función pública, y se organizan para la defensa de sus intereses, asimilándose en este sentido las asociaciones profesionales, con todos sus matices, al asociacionismo sindical. Pero además las Asociaciones de Jueces y Magistrados son más que eso, puesto que la especial función desempeñada por sus asociados impregna la actividad asociativa, y que además interviene en el gobierno del poder judicial con distintas facultades.

Por otro lado la titularidad del derecho de asociación no es exclusivo de los Jueces y Magistrados de carrera pues los Magistrados Suplentes y Jueces sustitutos gozan de este derecho mientras ejerzan la función jurisdiccional. Asimismo y dentro de los derechos de participación, abordamos el estudio del derecho a participar en los órganos de gobierno del poder judicial, y es que los Jueces y Magistrados son directamente órganos gubernativos y a la vez participan en los órganos de gobierno de Juzgados y Tribunales, siendo electores y elegibles para el CGPJ, las Salas de gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia y determinados decanatos. Por último es obligado, y así lo hacemos, abordar el posible derecho de huelga de jueces y magistrados, dedicándole una atención específica a sus distintos perfiles y a la situación actual en la materia.

Llegados a este punto analizamos aquí el derecho a la rehabilitación que hemos desligado del epígrafe que hemos dedicado a la pérdida de la condición de Juez o Magistrado para situarlo con los derechos de los Jueces y Magistrados. Analizamos aquí el concepto y elementos de la rehabilitación, los diferentes supuestos y sus características, y dedicamos una atención especial al supuesto específico de la rehabilitación del Juez condenado a pena de inhabilitación.

A continuación dedicamos un apartado a la defensa de el Derecho a la predeterminación legal del juez, puesto que la predeterminación legal del juez es también una garantía dirigida a proteger la independencia y la imparcialidad de los Tribunales, y porque el problema en la elección del juez en las magistraturas de tipo burocrático, se desplaza y se concreta en el momento en el que se le asigna el caso. Por ello es preciso hacer referencia, y así lo hacemos en nuestro trabajo a la predeterminación del órgano judicial y de la demarcación y planta de los órganos judiciales, a la predeterminación de la composición personal del órgano judicial, con una especial atención al sistema de sustituciones y a las denominadas medidas de refuerzo y de apoyo, y por último a la predeterminación de la competencia y de los criterios de reparto, puesto que una vez creados por ley orgánica los órganos judiciales y determinadas su demarcación y planta y su composición personal, ha de existir un conjunto de normas preexistentes a los hechos a enjuiciar que permitan determinar la competencia de los tribunales y el reparto de asuntos.

Por último y finalizando esta segunda parte dedicada a la perspectiva funcional de Jueces y Magistrados hacemos una breve referencia al Estatuto especial de los Magistrados del Tribunal Supremo que requiere que le prestemos también una atención específica, por cuanto que en opinión de algunos autores es de dudosa constitucionalidad habida cuenta que supone una quiebra en la Carrera Judicial y rompe con la disposición constitucional del art. 122 CE que prescribe que los Jueces y Magistrados formarán un cuerpo único.

PARTE PRIMERA

ESTATUS JURISDICCIONAL

El estatuto del Juez como titular de la función jurisdiccional

PARTE PRIMERA

ESTATUS JURISDICCIONAL

1. ESPECIALIDAD DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ENCOMENDADA AL JUEZ.

1.1. La especialidad de la Función Jurisdiccional.

La Constitución Española es el texto que fija, en el artículo 103, las bases del estatuto de los funcionarios públicos en general, señalando el Tribunal Constitucional que la Constitución ha llevada a cabo una “opción genérica (arts. 103.3º y 149.1.18 CE) a favor de un régimen estatutario para los servidores públicos”¹². No obstante observamos como el mismo texto constitucional contiene disposiciones específicas en los artículos 117 y 122 respectivamente para los Jueces y Magistrados, también funcionarios públicos, pudiendo afirmarse que el estatuto de Jueces y Magistrados se diseña en sus líneas básicas en nuestra Carta Magna, concretándose en la Ley Orgánica del Poder Judicial y diferenciándose en la forma y en el fondo del estatuto del resto de funcionarios públicos.

Como dice MONTERO AROCA¹³, el que “los jueces y Magistrados han tenido, tienen y deben tener un estatuto propio, distinto del de los demás funcionarios, es en atención a la función que desempeñan. Este estatuto no se justifica como privilegio de una casta; no se trata con él de favorecer a un grupo de servidores del Estado. Este estatuto es un medio que posibilita el cumplimiento de una función atribuida en exclusiva, función que está al servicio de los ciudadanos. Sólo en tanto sea necesario para el buen cumplimiento de la función se justifica el estatuto especial”. Por su parte señala PEDRAZ PENALVA¹⁴, siguiendo a LUHMANN¹⁵, que liberalmente, la independencia y libertad del juez no procede de su función de juez, sino inversamente de la necesidad de garantizar tal función, y para ello la inamovilidad y responsabilidad se unen a la independencia, complementándola¹⁶.

¹² Vid. STC 99/87, F.J. 3º d). (RTC 1987/99.)

¹³ MONTERO AROCA, J.; “*La Función Jurisdiccional y el “status” de jueces y magistrados*”, Documentación Jurídica, Tomo XII, Ene-Jun. 1985, núm. 45-46. Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia, Pág. 93.

¹⁴ PEDRAZ PENALVA, E. *La jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1976, pág. 936.

¹⁵ LUHMANN, N., *Legitimation durch Verfahren*, Berlin, 1969, págs. 63-64.

¹⁶ Vid. BECEÑA, F., *Notas de Derecho Procesal civil*, Madrid 1932. págs. 124 y ss.

Por lo tanto los jueces y magistrados como funcionarios públicos, pero a la vez titulares de la función jurisdiccional, tienen un estatuto específico en garantía de la función que desempeñan, sin privilegios de ningún tipo.

En el análisis de la afirmación sobre que “la especialidad es predicable de la función y no de la persona” es de interés el concepto de Juez como funcionario público que tiene nuestro C.P. que en su título XX, recoge los Delitos contra la Administración de Justicia¹⁷, aunque no se pueda afirmar que todas las infracciones que directa o indirectamente atentan contra la Administración de Justicia estén recogidas en este título. Todavía se encuentran dispersos por otros parajes del texto punitivo tipos que bien podrían haber tenido acomodo en este título (por ejemplo, las conductas contempladas en el art. 508 del C.P. de 1995¹⁸).

El mencionado título XX de nuestro Código Penal en su capítulo primero se ocupa de la prevaricación¹⁹, debiendo señalar por nuestra parte que en cuanto a la competencia y procedimiento hay que decir que son aplicables a estos delitos los fueros especiales para el enjuiciamiento de los Jueces y Magistrados por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos²⁰. Es de significar que el delito de prevaricación está radicalmente excluido del ámbito del Tribunal del Jurado (art. 5.2.2º de la LO 5/1995), de forma que ni siquiera por vía de conexidad puede ser atribuido su conocimiento a ese Tribunal. Y asimismo hay que indicar que suprimido el denominado antejuicio²¹ por la disposición adicional 1ª de la LO 5/1995 (arts. 757 a 778 de la L.E.Cr.), las especialidades en la iniciación del procedimiento por responsabilidad penal se limitan a las establecidas en los arts. 406 y siguientes de la LOPJ; es necesaria providencia del

¹⁷ El primer código que incluyó un título de similares características fue el de 1928.

¹⁸ Señala el art. 508 del C.P. “1. La autoridad o funcionario público que se arrogare atribuciones judiciales o impidiere ejecutar una resolución dictada por la autoridad judicial competente, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

2. La autoridad o funcionario administrativo o militar que atentare contra la independencia de los Jueces o Magistrados, garantizada por la Constitución, dirigiéndoles instrucción, orden o intimación relativas a causas o actuaciones que estén conociendo, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, multa de cuatro a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

¹⁹ Sobre este tipo es de interés el estudio que del mismo hace a la luz de la sentencia del Caso Gómez de Liaño, RAMOS TAPIA, I., *La interpretación del tipo de prevaricación judicial en el Estado Democrático de Derecho: Comentario a la Sentencia del Caso Gómez de Liaño*, La Ley, 1999, págs. 2005-2015.

Vid. También de la misma autora *El delito de prevaricación judicial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

²⁰ La Sala 2ª del TS cuando se trate de Magistrados del TS, de la AN (ATS de 28 de octubre de 1998, RJ 2001\5273, y ATS de 14 de julio de 1999, RJ 1999\7363), o de algún Tribunal Superior de Justicia (art. 57.1.2º y 3º LOPJ); la Sala Especial del TS prevista en el art. 61 LOPJ en el caso de Presidentes de Sala del TS o cuando la causa se dirija contra todos o la mayor parte de los Magistrados que compongan una Sala del TS; y la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en los demás casos (art. 73.3 LOPJ).

²¹ Sobre el antejuicio Vid. el excelente trabajo de ZARZALEJOS NIETO, J.,; “*El proceso penal contra jueces y magistrados (la especialidad del antejuicio)*”, Ed. Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992. Asimismo ORTEGO PÉREZ, F., “*La Exigencia de responsabilidad penal a Jueces y Magistrados; el Antejuicio y su supresión*”, Justicia 1997, número 1, págs. 165-183.

Tribunal competente o querrela del Ministerio Fiscal o del perjudicado u ofendido, o el ejercicio de la acción popular. La desaparición del art. 758 L.E.Cr. implica que ya no rige la exigencia en el caso de sentencias de que la causa en la que recayó la resolución prevaricadora haya finalizado por decisión firme (aunque desde luego se trata de una cautela elemental que debería haberse mantenido). Por último decir que la declaración hecha por el Tribunal competente, de existir méritos para proceder por estos delitos, determina la suspensión en sus funciones del Juez o Magistrado (arts. 383.1º LOPJ).

Como vemos el Juez o Magistrado, en el ejercicio de la función jurisdiccional que tiene atribuida constitucionalmente, goza de una especial protección y como correlato de un especial reproche. Esto lo podemos constatar atendido a lo dispuesto en el art. 466 y siguientes del Código Penal²² que se ocupan de la prevaricación de los Jueces y Magistrados (en contraposición al art. 404 del mismo texto legal que se ocupa de la prevaricación del resto de funcionarios públicos). No es preciso pertenecer funcionalmente a la carrera judicial para ser sujeto activo del delito, basta con que se ejerza la función jurisdiccional, y por ello podrán ser sujetos activos, los Jueces de Paz, y los Jueces o Magistrados suplentes²³, sin embargo no se cometerá este delito sino el del art. 404, cuando la resolución injusta atribuible a un Juez o Magistrado recaiga en un asunto gubernativo y no propiamente jurisdiccional, porque como ya hemos señalado la especialidad no es de la persona, sino de la función.

El bien jurídico protegido en el tipo de prevaricación judicial, siguiendo a FERNANDEZ-ESPINAR²⁴, es el ejercicio de la función y potestad jurisdiccional, desde el mismo momento en que la *iuri-dictio* constituye un apartado más en el ejercicio de las funciones públicas, siendo la *iuri-dictio*, la función del Estado que consiste en la tutela y realización del derecho objetivo, es decir, “lo que es derecho”. ante casos concretos²⁵, o en palabras de GIMENO SENDRA “el Poder Judicial compuesto por

²² El art. 466 del Código Penal dice “El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

1º Con la Pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

2º Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta.

3º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas.”.

Como vemos el tipo penal habla de Jueces y magistrados por lo que deja resuelta la duda cuando la resolución emanaba de un Tribunal Colegiado. En tal caso, autores serán en principio todos los componentes del Tribunal, salvo que haya emitido un voto particular.

²³ También hay que incluir a los Magistrados del Tribunal Constitucional o del Tribunal de Cuentas, siempre, en este último caso, que actúen en funciones jurisdiccionales y no meramente fiscalizadoras.

²⁴ FERNANDEZ-ESPINAR, G., *La Prevaricación Judicial; de la Teorización a su Plasmación efectiva en la tipificación sustantiva*, La Ley, nº 3, 1993, págs. 852-869.

²⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I., VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal: Introducción*, 3º Edición, Ed. Ramón Areces, Madrid 2004, pág. 22

Vid. también DE LA OLIVA SANTOS, A., Y FERNANDEZ LOPEZ, M.A., *Derecho Procesal Civil*, V.I. 1990, pág. 20.

jueces y magistrados a quienes, por su independencia y sumisión a la ley, la soberanía popular ha otorgado la potestad jurisdiccional y, en consecuencia, expresamente ha legitimado para la solución definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales, para el control de la legalidad y la complementación del ordenamiento jurídico”²⁶

El legislador ha olvidado al Tribunal del Jurado, por lo que sólo mediante una interpretación extensiva (no posible en materia penal) sería posible atribuir a los miembros del Jurado la condición de “Juez o Magistrado”. El veredicto injusto a sabiendas es atípico, salvo que en algunos casos pueda ser reconducido a otras tipicidades. Por otro lado tampoco sería aplicable este tipo a los árbitros.

El elemento básico del tipo que nos ocupa es la injusticia de la sentencia o resolución,²⁷ y este concepto de injusticia ha de determinarse con referencia a la legalidad y no a concepciones extralegales de lo que puede considerarse justo o no. Será pues, injusta la resolución cuando no se adapte a los parámetros de legalidad que marca el ordenamiento, representando una contradicción con el mismo. La injusticia en este tipo no se requiere que sea “manifiesta”, a diferencia de lo que sucede en el art. 447, lo que si se requiere es que haya dolo directo, que es lo que viene a suponer la expresión “a sabiendas”²⁸. En esta materia digamos que el Estado asumirá en su caso la posición de responsable civil en virtud de lo dispuesto en el art. 296 LOPJ (art. 121 CP).

Por otro lado el art. 447 del C.P. prevé que “El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”. Este tipo con respecto al anterior, como ya dijimos, requiere que la resolución sea “manifiestamente injusta”, que resalte de modo claro e indiscutible la notoria violación de un precepto legal (ATS de 14 de mayo, RJ. 2002\6843, STS de 26 de febrero, RJ 2002\4592), y asimismo en lugar de dolo se requiere “imprudencia grave o ignorancia inexcusable”, es decir la clásica imprudencia temeraria (STS 2635/1993, 23 nov. RJ 1993\8714).

Por su parte el art. 448 del C.P. señala que “El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años”. Este tipo, de muy difícil aplicación por las exigencias típicas que comporta y lo difícilmente imaginable que resulta tal conducta en un Juez o Magistrado, pero contiene una enorme carga simbólica por dar respaldo penal al principio proclamado en el art. 1.7 del CC²⁹ y reiterado, desde otra perspectiva por el

²⁶ GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos de Derecho Procesal*, 1981, págs. 27-28.

²⁷ Al hablar de resolución quedan ya incluidas en tipo con claridad las providencias además de los autos.

²⁸ La expresión “a sabiendas” excluye tanto la negligencia como el dolo eventual; es necesario el dolo directo, la conciencia de que la resolución que se dicta se aparta de la legalidad, o con expresión de la jurisprudencia “la intención deliberada de faltar a la Justicia” (–Sentencias del TS de 14 octubre 1884, Repertorio de Jurisprudencia nº 8287, STS de 3 de diciembre RJ 1930\485, y ATS de 3 de noviembre de 1998, RJ 1999\3123,) los supuestos negligentes han de conducirse, en su caso, al art. 447.

²⁹ Art. 1.7 CC “Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

art. 11.3 LOPJ³⁰. En cuanto al art. 449 decir que en su número 1 señala que “En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima”, como vemos aquí se establece un tipo en el que se incluye a los Secretarios Judiciales como sujetos activos junto a los Jueces y Magistrados. En el número 2 establece que “Cuando el retardo sea imputable a funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior, se le impondrá la pena indicada en su mitad inferior”.

En definitiva, como podemos observar se destaca la especialidad de la función (no de la persona) disponiendo el legislador una protección de primer orden a esta especialidad de la función, haciendo como vemos en la legislación penal y en este último precepto (art. 449 del C.P.) que el reproche penal alcance a los sujetos activos, secretarios judiciales, junto a los jueces y magistrados y a otros funcionarios distintos de los anteriores si el retardo le es imputable.

1.2. Aspectos de la Selección para el Ejercicio de la Función Pública Judicial.

Las especiales características de la función jurisdiccional, y la necesidad de que la misma se pueda desarrollar con las máximas garantías, se proyectan, como no podía ser de otra manera sobre la selección y formación de aquellas personas que la han de desarrollar, existiendo distintos modelos al efecto³¹. Y en este sentido recordamos la duda que se planteaba CALVO SÁNCHEZ³², cuando se preguntaba si se podía llegar a llamar al juez, “juez político” a través de una selección interesada, entendiéndolo la autora, siguiendo a GIMENO SENDRA³³, que Juez político “es aquél que no duda en quebrantar la letra y el espíritu de la ley con tal de proteger en el proceso los intereses de una ideología determinada”.

Como dice AUGER LIÑAN³⁴, “el estudio de la selección y formación de los Jueces no puede reducirse a la descripción y análisis de las disposiciones que positivamente disciplinan esta materia.....es necesario advertir que la selección, formación y perfeccionamiento del personal al servicio de la Justicia, y, primordialmente de los Jueces, titulares únicos de la potestad jurisdiccional, constituye necesidad inexcusable

³⁰ Art. 11.3 LOPJ. “Los juzgados y tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se le formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes”.

³¹ Vid. AGIRREAZKUENAGA, I., *Modelos comparados de organización judicial y régimen de selección o elección de jueces y magistrados*, Poder Judicial, nº75, 2004, pág. 11-56.

³² CALVO SÁNCHEZ, M^a C., *Selección de jueces y Magistrados (acceso directo de licenciados en derecho, abogados y juristas de reconocido prestigio- modificaciones introducidas por la L.O. 16/1994, de 8 de noviembre)*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 197, mayo de 1995.pág. 2.

³³ GIMENO SENDRA, V. *Fundamento de Derecho Procesal*, Madrid 1982, pág. 53.

³⁴ AUGER LIÑAN, C.,; *La Formación y Selección del Personal Judicial*, Documentación Jurídica, Tomo XII, Ene-Jun. 1985, núm. 45-46. Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia, Pág. 199-214.

en su adecuada solución, para que el funcionamiento del Poder Judicial se realice con las máximas garantías”, es por ello que un Estado y una Sociedad que tengan como valor prioritario la realización de la justicia, ha de prestar una especial atención a la selección de las personas a las que se encomienda dicha realización, es decir a los Jueces y Magistrados. Para ello se necesitan jueces independientes, profesionales, e insertados en la sociedad. Y por ello sin duda podemos decir con GUARNIERI que “la creciente relevancia política de la función judicial impone, sobre todo en Europa continental, un replanteamiento de las modalidades de acceso a la magistratura”³⁵.

El Juez, al igual que la organización del Estado, se debe a la Sociedad o colectividad, y en este sentido ha de encontrarse insertado plenamente en la misma y no aislado, de tal manera que su actuación encuentre correspondencia con la realidad social en la que se desarrolla. FIX ZAMUDIO, afirmaba que “el Juez contemporáneo no sólo es funcionario técnico, sino que, desde el punto de vista sociológico, es un mediador institucional de conflictos jurídicos, y por ello no sólo se requiere que sea un excelente jurista sino también y de manera esencial, un profundo conocedor de la sociedad en que vive, de manera que esté capacitado para percibir lo que existe bajo la superficie del conflicto inmediato que se somete a su decisión y las consecuencias e implicaciones que va a tener su resolución”³⁶. Se hace necesario para ello que se dispongan de Jueces con una excelente formación y capacidad técnica y a la vez, con una gran calidad humana, que permitan que se realice una justicia real, del momento y de su tiempo, como decía ARISTOTELES “el Juez es la Justicia viva”³⁷.

Es la selección del personal juzgador, como independencia selectiva, uno de los aspectos (junto al de la independencia económica), que con frecuencia se olvidan³⁸, pero no por ello menos importante. MARTINEZ-CALCERRADA³⁹ ha escrito que, “si se quiere contar con una Magistratura imparcial en la que el principio de independencia obtenga los máximos resultados, ha de mimarse el cauce proveedor de sus titulares. Surge aquí el manido problema de dilucidar cuál es el sistema más adecuado para ingresar en la carrera Judicial, que en toda disciplina especialmente, ha provocado numerosos estudios *ad hoc*”.

Una cosa es la formación, que se refiere al conjunto de características y conocimientos que debe tener una persona para ser seleccionado como Juez o Magistrado, así como los medios que plantean para acceder a la formación idónea, y otra cosa es la selección del personal judicial, término con el que nos podemos referir a las personas que pueden ser seleccionadas, y a quienes pueden seleccionar (elección

³⁵ GUARNIERI, C., “*El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado*”, en “*El Acceso a la función judicial. Estudio comparado*”, Manuales de Formación continuada 13, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 20.

³⁶ FIX ZAMUDIO, H., *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, en Problemas actuales de la Justicia (homenaje a Gutierrez-Alviz y Armario), Valencia 1988, pág. 143.

³⁷ ARISTOTELES, en *la Ética de Nicómano*, Libro V.

³⁸ Vid. CAZORLA, RUIZ-RICO Y BONACHELA, *Derechos, Instituciones y Poderes en la Constitución de 1978*, Granada 1983, pág 357 y ss.

³⁹ MARTINEZ-CALCERRADA, “*Independencia del Poder Judicial*” en *Revista de Derecho Judicial*, Madrid 1970, pág. 42.

popular, elección por las Cámaras legislativas, elección por el Gobierno, elección por el cuerpo judicial, etc.).

En el caso de España se ha optado en la selección de Jueces, y en lo que se refiere al personal que selecciona, por el llamado sistema mixto. En el mismo por un lado se seleccionan Jueces de entre los jóvenes licenciados en Derecho, carentes de experiencia profesional y también de experiencias sociales y humanas, y por otro lado se nombran parte de los Jueces entre juristas dotados de especiales cualidades que se hayan dedicado mucho tiempo a una actividad del sector jurídico. Estos juristas aportan las experiencias, el saber y puntos de vista de los que adolecen los jueces cuya formación se ha dado única y exclusivamente en los Tribunales.

En cuanto a quién selecciona, encontramos diferentes sistemas, pero en todos ellos podemos decir que es el Estado el que determina la selección, en tanto que es el que establece las bases, y articula los sistemas de ingreso en la carrera judicial, es decir diseña el sistema de reclutamiento, delimitando el espacio de extracción y el mecanismo de selección. No olvidemos como decía GUARNIERI⁴⁰, que “las modalidades con las que se elige el juez revisten una importancia especial para el funcionamiento del sistema jurídico y en relación con las funciones que este último desempeña en una democracia constitucional”.

Hemos de recordar⁴¹ que la revolución francesa en primer lugar, y después el imperio napoleónico conformó un modelo burocrático de judicatura que fue muy diferente del modelo de juez profesional⁴² tal y como este se articuló en los sistemas anglosajones⁴³. Como características del modelo “burocrático” podemos destacar las siguientes:

- Selección de jueces mediante concurso público abierto a licenciados en derecho sin experiencia profesional previa.
- Ordenación jerárquica de los jueces en un sistema de carrera en donde se asciende principalmente por antigüedad, salvo en los puestos superiores en los que prima la discrecionalidad en su provisión.

⁴⁰ GUARNIERI, C., “*El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado*”, en “*El Acceso a la función judicial. Estudio comparado*”, op. Cit. pág. 19.

⁴¹ Vid. JIMENEZ ASENSIO, R., “*El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio*”, en “*El Acceso a la función judicial. Estudio comparado*”, Manuales de Formación continuada 13, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 115-249.

⁴² Sobre el denominado modelo profesional, típico de los países anglosajones y que se caracteriza por las notas opuestas al modelo burocrático se puede ver entre otros a POUND, *The Spirit of the Common Law*, Boston, 1966, 2º Ed., traducción italiana, *Lo spirito Della “Common Law”*, Milan 1970; RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts*, Göttingen, 1958, traducción italiana, *Lo Spirito del diritto inglese*, Milán, 1962; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milán, 1982, pág 479 y ss.

⁴³ Sobre la distinción entre modelo burocrático de judicatura y modelo de juez profesional, ver por todos: GUARNIERI, C, *Magistratura e política*, II Mulino, Bolonia 1992, asimismo es de interés las diferencias entre ambos modelos que refiere DIEZ-PICAZO, L.M. en “*Notas de Derecho Comparado sobre la independencia judicial*”, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 34, págs. 19 y ss, así como las reflexiones de DIEZ-PICAZO, I., en “*Poder Judicial y Responsabilidad*”, Ed. La Ley, 1990, pág. 14 y 15, que realiza una caracterización del modelo burocrático de magistratura.

- Los jueces se configuran como generalistas, puesto que conformar un cuerpo único, que puede dividirse en categorías, al que se accede con igual adiestramiento, cualificación y actitudes, pudiendo prestar la función judicial en todo tipo de juzgados y tribunales.
- Se garantiza la inamovilidad y la independencia de sus miembros, reforzándose esta independencia conforme avanzó el siglo XX y se configuraron los órganos de autogobierno del poder judicial (Consejos de la Magistratura o del Poder Judicial)⁴⁴.

Mantiene JIMENEZ ASENSIO, que España participará de la tradición del modelo continental burocrático, sin embargo señala que en “los primeros pasos del Estado Liberal español convivirá un diseño institucional de estructuración de poderes de clara matriz francesa con una organización del sistema judicial que se sustentará en pautas propias de un clientelismo político acusado”⁴⁵, por lo que la dependencia del poder ejecutivo que tendrá la administración de justicia española en buena parte del siglo XIX será la nota determinante del modelo.

Nuestro sistema, que, como hemos dicho, participa de la tradición continental del Juez-funcionario, se asienta en la LOPJ provisional de 1870, que desarrolla el sistema mixto de Juez-funcionario reclutado por oposición y Juez patricio de designación gubernamental, con predominio aplastante del primero⁴⁶, se busca un Juez técnico, conocedor del derecho, por lo que su selección se desarrolla en base a procedimientos meritocráticos destinados a determinar el conocimiento del Derecho legislado por parte de los candidatos, y en su caso, la concurrencia de habilidad en el dominio del mismo. Se busca un Juez independiente, que sea efectivamente un tercero *supra partes* frente a las partes en el proceso y frente a la administración. Los jueces se organizan en un cuerpo especializado de funcionarios, en donde es clave la ordenación jerárquica de los puestos, y el establecimiento de procedimientos de ascenso fuertemente reglados que pivotan en torno al principio de antigüedad, y secundariamente al de la especialización técnica⁴⁷.

En definitiva en España, a partir de la Ley de 1870, la administración de justicia se enmarca en el modelo burocrático napoleónico o continental europeo, y la función judicial se estructura como una carrera judicial en la que se ingresa frecuentemente joven después de finalizados los estudios de Derecho y una vez superada una oposición de contenido principalmente memorístico, pudiendo a partir de entonces desempeñar diferentes puestos en la organización judicial por medio del ascenso, de forma que los jueces se transforman en una modalidad más, si bien con características muy especiales, de funcionarios públicos a los que a diferencia de los empleos generales de la

⁴⁴ Vid. sobre esta cuestión, GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P. “*Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia*”, ed. Taurus, Madrid 1999, págs. 63 y 64.

⁴⁵ JIMENEZ ASENSIO, R., “*El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio*”, en “*El Acceso a la función judicial. Estudio comparado*”, Op. Cit. pág. 126.

⁴⁶ El cual ya se recogía en la Constitución de 1869.

⁴⁷ La organización de la judicatura, se articula en definitiva, como una auténtica “carrera” profesional con definición de puestos de entrada, ascenso y término. Lo que no es sino una adaptación al caso de la concepción del “cuerpo de escala cerrada” de la Administración.

administración pública se les garantiza la inamovilidad absoluta y que se caracterizan por desempeñar una función que no es otra que la de administrar justicia. Unos funcionarios a los que se les garantizan su independencia a través de la inamovilidad, es decir que no podrán ser suspendidos, trasladados o separados del servicio sino después de la apertura del pertinente expediente sancionador.⁴⁸

En el sistema anglosajón, donde las profesiones jurídicas se estructuran de forma jerárquica⁴⁹, formando en líneas generales un único cuerpo, los Jueces se extraen de la abogacía, haciendo uso también de profesores universitarios de materias jurídicas, y en el caso de USA con políticos en activo o retirados. Esta última opción también es posible legalmente en el Reino Unido, pero raras veces la Corona hace uso de tal posibilidad. En el caso de USA la selección corresponde a los electores o a las Cámaras en el caso de las judicaturas estatales y en el caso de la justicia federal, la selección corresponde al Presidente con el consejo y consentimiento del Senado. En lo que respecta al Reino Unido es la Corona la que designa a los miembros de la magistratura, si bien el poder de nombrar se ejerce dentro de los estrechos cauces que marcan las *conventions* correspondientes.

Como vemos en estos países la selección corresponde a órganos y autoridades políticas, que de esta forman configuran el escalón superior de las profesiones jurídicas, pues llegar a la condición de Juez es el culmen de la carrera profesional, teniendo una gran consideración social y salarios elevados. Lo relevante del Juez en estos casos no es su dominio del derecho⁵⁰, sino que tenga experiencias y conocimientos de los negocios, ya sean públicos o privados, y tenga costumbre de decidir de forma autónoma para resolver conflictos.

En los países del continente constatamos una estricta separación entre la abogacía y la judicatura. En el sistema continental encontramos un sistema de Derecho escrito con mayor rigidez, en el que el Derecho sustantivo tiene una extensión y complejidad mayor que el del derecho común de los países anglosajones, en donde la judicatura, numerosa y de carácter funcional o cuasi-funcional, se estructura jerárquicamente, reclutándose por cooptación mediante procedimientos meritocráticos que exigen elevados conocimientos técnicos para el ingreso. En líneas generales se trata de jueces con menor condición social y menores remuneraciones que los jueces del ámbito anglosajón, con un fuerte espíritu funcional, y gran tendencia a aislarse del medio social.

⁴⁸ Cfr. DELGADO DEL RINCON, L.E.; “*Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico-constitucional de la responsabilidad judicial*”, Revista del Poder Judicial, núm. 61, primer trimestre de 2001, págs. 13 y ss.

⁴⁹ En el escalón inferior encontramos los abogados los cuales se dividen en categorías (que no son las mismas en USA y en el Reino Unido), algunos trabajan en el foro, y otros, que conforman el escalón superior (también económicamente y en posición social) se dedican a funciones de asesoramiento y consulta.

⁵⁰ Esto se acomoda a un sistema legal que se basa en la primacía del *common law*, y que es un Derecho de reconocimiento y declaración judicial.

En opinión de MARTINEZ SOSPEDRA⁵¹, al distinguir el Juez del sistema anglosajón del juez del sistema continental, señala que este último “exige del Juez un mayor grado de iniciativa personal. Mientras que el primero ha nacido en un contexto en el que le viene a exigir al Juez que mande, mediante el reconocimiento/definición de reglas de Derecho, el segundo ha nacido en un contexto en el que el Juez es prioritariamente un aplicador de un Derecho previamente definido por el Legislador, y de acusado carácter técnico, un contexto que contempla al Juez básicamente como un administrador de una legalidad previamente definida de modo poco menos que completo, es decir, un Juez-administrador o ejecutante de la ley”, en opinión de este mismo autor el problema no es el de quién designa, sino el de la independencia.

1.3. La función pública Jurisdiccional. Diferencias entre Administración y Jurisdicción.

En las páginas anteriores hemos podido constatar que existe un tratamiento específico para aquellas personas que desempeñan la función pública que tiene asignada la administración, cuando la misma consiste en realizar la jurisdicción. Por lo tanto es conveniente realizar en este momento un acercamiento a lo que es la función pública jurisdiccional, distinguiéndola asimismo de la administración, y teniendo en cuenta la relatividad conceptual de la jurisdicción hay que “poner en duda la rotunda frase de que –sabemos que es la jurisdicción-“⁵².

Comenta RAMOS MENDEZ⁵³, recogiendo la observación de SATTA, que el planteamiento del problema de la jurisdicción es simple, y si se quiere puede que resulte inevitable desde un punto de vista didáctico. Desde esta perspectiva tradicional la jurisdicción se presenta como una de las funciones del Estado, diversa de las otras funciones que le están encomendadas y específica por su contenido⁵⁴. Las dificultades surgen casi exclusivamente en la distinción o deslinde entre jurisdicción y administración, y por esta vía se construyen en su opinión tantas definiciones de la

⁵¹ MARTINEZ SOSPEDRA, M., “*Jueces, Consejo y Poder Judicial. Sobre la inadecuación del modelo de Juez-funcionario a las exigencias del Estado Social y Democrática de Derecho. Notas para un debate*”, Revista General del Derecho núm. 603, Dic. 1994, pág. 12591.

⁵² GONZALEZ MONTES, J.L.; *Instituciones de derecho Procesal. Parte General. Tomo I. La Jurisdicción y sus órganos*, segunda edición, Impredisur, Granada, 1990, pag. 28. Este autor entiende que existe una perspectiva constitucional y una perspectiva procesal de la jurisdicción, y que junto a estas, también cabría hablar de una perspectiva administrativa.

Sobre una definición relativa de la jurisdicción vid. CALAMANDREI, P. *Instituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo Codice*, Padova, 1934, pág. 39, GUASP, J. *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Madrid, 1968, pp. 101 y ss, FENECH, M. *Derecho Procesal Penal I*, 3ª ed. Barcelona 1960, REQUEJO PAGÉS, J.L., “*Jurisdicción e independencia judicial*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, pág. 36-37, .

⁵³ RAMOS MENDEZ, F., *Derecho y Proceso*, Ed.Bosch, Barcelona 1978, pág. 116. Cfr. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1973, pág. 7.

⁵⁴ Vid en este sentido a PRIETO CASTRO, L.; “*Derecho Procesal Civil*”, Madrid 1972, Tomo I, págs. 13 y ss, y también en “*Tribunales españoles...*” Págs 107 y ss.; GUASP, *Derecho procesal Civil*, Madrid 1968, Tomo I, pág. 101, el cual indica que se han de superar las acepciones parciales del término jurisdicción y construir su concepto en base a una idea más amplia, que es precisamente la de función.

jurisdicción como autores se ocupan de la cuestión.⁵⁵ Entiende RAMOS MENDEZ⁵⁶, siguiendo en esto a ALLORIO⁵⁷, que la cosa juzgada sería el criterio específico que define a la jurisdicción frente a la legislación y sobre todo frente a la administración, es decir la jurisdicción se caracterizaría por la irrevocabilidad de sus resoluciones mientras que ni la legislación ni la administración se caracterizan por la permanencia de sus resoluciones⁵⁸. Esta idea es la que describe REQUEJO PAGÉS, señalando que “la delimitación de una función jurisdiccional entre las múltiples funciones del ordenamiento sólo puede realizarse considerando que la diferencia cualitativa entre aquella función y las demás viene dada por el hecho de ser aquella la única para la que los ordenamientos positivos respetan sustancialmente el principio lógico de la irrevocabilidad de las normas que mediante tal función se producen y el principio, igualmente lógico, de la independencia o exclusivo sometimiento a la totalidad del ordenamiento de los órganos a quienes se encomienda la elaboración de dichas normas”⁵⁹.

Por su parte SERRA, considera que el concepto de jurisdicción es único y no admite relatividad, lo que en su opinión son relativas son las concretas manifestaciones de dicha institución. Entiende este autor que “la jurisdicción no se resuelve en una función estatal, sino que existe independientemente del Estado, siendo tan sólo unas circunstancias históricas las determinantes de que en el momento actual el Estado haya recabado para sí el monopolio de la jurisdicción. Pero que el Estado asuma la jurisdicción supone necesariamente una existencia de ésta anterior e independiente del concepto de Estado. Por consiguiente, es perfectamente posible obtener un concepto válido de jurisdicción que prescindiera del sujeto que actualmente la detenta: el Estado”⁶⁰. En la misma línea se expresa REQUEJO PAGÉS, que dice que “el concepto de jurisdicción a elaborar debe ser absoluto y objetivo, relegándose la relatividad al ámbito de su concreta configuración positiva, al modo de organizar su ejercicio, pero sin afectar a su contenido”⁶¹.

⁵⁵ RAMOS MENDEZ, F., ob. y loc. Cit.

⁵⁶ RAMOS MENDEZ, F., “Derecho y Proceso”, Op. Cit. pág. 138.

⁵⁷ ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, y concretamente señala este autor a la cosa juzgada como nota diferencial entre la jurisdicción y administración en *Saggio polemico sulla “giurisdizione” volontaria in “problema di diritto”*, Milano, 1957, II, pág. 32

⁵⁸ Vid en este sentido a SERRA DOMINGUEZ, en *Jurisdicción*, en Estudios de Derecho Procesal. Barcelona, 1969, pág. 60. Este autor defiende el criterio de la cosa juzgada como el único idóneo para diferenciar en última instancia la jurisdicción de las demás funciones del Estado, especialmente de la administración. SERRA considera que cuando un acto determinado sea irrevocable o esté ligado directamente a un acto irrevocable, dicho acto será jurisdiccional. Cuando por el contrario, existe la posibilidad de que un acto sea revocado, incluso una vez adquirida firmeza, el acto tendrá naturaleza administrativa.

⁵⁹ REQUEJO PAGÉS, J.L. “Jurisdicción e independencia judicial”, Op. Cit. pág. 24-25.

⁶⁰ SERRA DOMINGUEZ, *Jurisdicción*, en Estudios de Derecho Procesal, Op. Cit. pág. 22.

⁶¹ REQUEJO PAGÉS, J.L., “Jurisdicción e independencia judicial”, op. Cit. Pág. 35.

Como resumen podemos señalar como referentes para una concepción relativa del concepto de jurisdicción, junto a los anteriormente mencionados, CALAMANDREI, P. *Instituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo Codice*, Padova, 1934, p. 39; GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Madrid, 1968, pp. 101 y ss (para quien la jurisdicción sólo puede entenderse vinculada al proceso y

Por otro lado hay autores como ORMAZABAL SÁNCHEZ⁶², que en este sentido sigue a MONTERO, que considera que la diversidad de configuraciones y características que presenta y ha presentado el fenómeno jurisdiccional a lo largo de los tiempos y en los diferentes regímenes o sistemas políticos haría muy poco o nada útil reflexionar en abstracto sobre la jurisdicción, y por ello piensa que sería mucho más provechoso tratar sobre esta potestad tal y como está configurada o diseñada en un ordenamiento jurídico concreto. Cuestión esta a la que nos vamos a dedicar.

Es preciso recordar en primer lugar, la distinción entre Administración Judicial y Administración de justicia, ambas tareas del Estado⁶³. Respecto del segundo concepto, Administración de justicia o “Administración de la Jurisdicción “como algún autor utiliza⁶⁴, nos referiremos como decía GUAITA MARTORELL⁶⁵ “a los distintos Tribunales y a su actividad; administrar justicia significa resolver los Tribunales asuntos contenciosos, fallar pleitos –hacer justicia” y por Administración Judicial nos referiremos a “aquel sector de la Administración que sirve a la Justicia, a los Tribunales. Se trata por tanto de una rama de la Administración (Derecho Administrativo) y no de la Justicia (Derecho Procesal)”, es decir se trata de la organización administrativa que hace posible que la Administración de justicia cumpla los fines que le son propios – “decir el derecho” en el caso concreto- proporcionándole los medios reales y personales necesarios y cumpliendo todas las demás actividades mediales⁶⁶, sin las que la actividad

como cauce para la satisfacción pública de pretensiones), en la misma línea FENECH, M., *Derecho Procesal Penal I*, 3ª ed. Barcelona, 1960, pág. 29; GIMENO SENDRA, V., “Fundamentos de Derecho Procesal” Op. Cit. Pág. 27. y a MONTERO AROCA, J. “La Función Jurisdiccional y”, op. Cit., pag. 19 y 20 (si bien no desecha totalmente los conceptos absolutos prefiere definiciones menos vagas y generales en las que se dé cabida a las peculiaridades históricas y sociales de cada ordenamiento positivo.

Por su parte, un concepto absoluto, aunque relativizado en la órbita del Estado de Derecho es el defendido por DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I., VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal: Introducción*, 3ª Edición, Ed. Ramón Areces, Madrid 2004, pág. 25 que señalan que “La jurisdicción existe para tutelar y realizar el Derecho Objetivo”, en el mismo sentido DE LA OLIVA, A. y FERNANDEZ, M.A. en *Lecciones de Derecho Procesal I*, 2ª ed., Barcelona 1984, pag. 15 y ss; estos autores definen la jurisdicción como “aquella función del Estado que consiste en la tutela y realización del Derecho objetivo” (op.cit. pág. 15 subrayado en el original) tomando por tanto como criterio el fin de la función y no su relación con las normas jurídicas, que es lo que para KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2. Aufl., Tübinguen, 1923, pág. 494, es definitorio de la naturaleza jurídica de cualquier actividad. En la misma línea que Kelsen, CARRE DE MALBERG, R., *Contribution a la théorie générale de l’Etat*, Paris, 1920, vol. I, pp. 148-149.

⁶² ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2002, pág. 15.

⁶³ Sobre la distinción entre “Administración de Justicia” y “Administración de la Administración de Justicia”, se puede ver la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en sus Sentencias 56/90 de 29 de marzo (RTC 1990\56), fundamento de derecho sexto, y 62/90 de 30 de marzo (RTC 1990\62), fundamento de derecho cuarto.

⁶⁴ MARTIN DEL BURGO, A., *La Administración de la Jurisdicción*, Revista de Administración Pública, núm. 54, 1967, págs. 9-42.

⁶⁵ GUAITA MAROTELL, A., *Derecho Administrativo Especial. Tomo I*, Tercera edición. Ed. Librería General, Zaragoza 1969, pág. 152.

⁶⁶ Como actividades mediales habremos de entender la selección de personal, transcripción de resoluciones, notificación de las mismas, embargos, etc.

distintiva encomendada a aquella no podría llevarse a buen fin. GUAITA MARTORELL, al distinguir la Administración de Justicia de la Administración Judicial, refiriéndose a la primera hablaba de función jurisdiccional “que es, junto con la cultura y la defensa, uno de los fines estatales de carácter fundamental..... o más rotundamente -la primordial finalidad del Estado es la jurisdiccional-: sentencia de 19 de mayo de 1958”⁶⁷, es por ello que los Magistrados y Jueces disponen de un estatuto especial que está al servicio de la función que los mismos desarrollan y es por ello, que antes de abordar el estatuto se hace necesario referirse a dicha función.

El fin institucional o propio del llamado Poder Judicial en nuestra Constitución, es el ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y ejecutando lo juzgado. La realidad es que existe tensión entre la “Administración judicial” y la “Administración de justicia”, entre la administración y la jurisdicción, derivada de la necesidad de asegurar la independencia del ejercicio de la función judicial, esto como señala GONZALEZ NAVARRO⁶⁸ “se manifiesta por ejemplo, en la atribución concurrente de funciones administrativas a órganos judiciales y a órganos puramente administrativos (cfr. Art. 162 y 165, LOPJ) o en la utilización del eufemismo para evitar connotaciones molestas o comprometedoras (así cuando en el art. 162 se recurre al empleo de la voz “prevenciones” para evitar hablar de “instrucciones”)⁶⁹. Es por ello y por esta tensión, que podemos decir que hoy en día, el Ministerio de Justicia, la Administración, retiene materias propias de la administración judicial. Es decir el Ejecutivo mantiene parcelas que debieran pertenecer a la administración judicial.

DE LA OLIVA SANTOS, considera, frente a quienes han entendido y entienden que la función jurisdiccional consiste en componer conflictos o resolver controversias o en la tutela de derechos subjetivos o de intereses legítimos, que el núcleo de la función jurisdiccional consiste en la “tutela y realización del Derecho objetivo”⁷⁰, por los órganos jurisdiccionales, pero ya dijimos que los órganos administrativos también actúan el derecho, pero la diferencia cuando esta actuación la llevan a cabo los órganos

⁶⁷ GUAITA MARTORELL, A., *Administración de Justicia y Administración judicial*, Revista de Derecho Procesal, oct-dic (1968), pág.20.

⁶⁸ GONZÁLEZ NAVARRO, F., “*De la Justicia de los Jueces y de otros sintagmas afines*”, Actualidad Administrativa, nº 2, semana 11-17 enero 1988, pág. 90.

⁶⁹ Art. 162 LOPJ “Podrán los Presidentes del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias y, en su caso, las Salas de Gobierno, por conducto de aquellos, dirigir a los juzgados y tribunales a ellos inferiores, que estén comprendidos en su respectiva circunscripción, dentro del ámbito de sus competencias gubernativas, las prevenciones que estimen oportunas para el mejor funcionamiento de los juzgados y tribunales, dando cuenta sin dilación al Tribunal Supremo, en su caso, y directamente al Consejo General del Poder Judicial”.

⁷⁰ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGA TORRES, J.: *Derecho Procesal. Introducción*. 3ª Edición. Ed. Ramón Areces, Madrid, 2004. Pág. 21 y 22.

Comenta DE LA OLIVA, que es innegable que, al tutelar el Derecho Objetivo y realizarlo, muchas veces se resuelven controversias y se tutelan derechos subjetivos, pero lo esencial de la función jurisdiccional no es disolver discrepancias o resolver controversias, porque no cabe considerar jurisdiccional cualquier modo de composición de litigios o de resolución de controversias, y asimismo opina que la tutela de derechos subjetivos no puede predicarse como esencial en la función jurisdiccional cuando se trata de asuntos criminales.

jurisdiccionales consiste en el efecto de cosa juzgada, en la eficacia jurídica que implica la aplicación del derecho por órganos dotados de potestad jurisdiccional, respecto de la eficacia jurídica de la actuación del derecho llevada a cabo por órganos administrativos. La potestad jurisdiccional se ejerce sólo y exclusivamente para la actuación del derecho objetivo, y no puede ser controlada por una instancia posterior; aplica el derecho objetivo de manera irrevocable. Surge así la cosa juzgada y en virtud de ella se conforma la situación jurídica de acuerdo con el contenido de la sentencia, precluyendo toda posibilidad de ulterior control de su conformidad al derecho. En cambio el ejercicio del derecho objetivo por la potestad administrativa es controlable, y dicho control consiste en determinar si los intereses generales se han servido actuando el derecho de manera correcta. Así pues, la actuación administrativa es controlable, y lo es por la jurisdicción.

La jurisdicción encuentra su razón de ser en la actuación del derecho sin más, el sometimiento del juez al imperio de la ley (art. 117.1 de la CE) no es cobertura o límite, es fin, siendo la pretensión y la resistencia un medio técnico para el cumplimiento de la función. En cambio la función administrativa no consiste en aplicar la ley. Actúa sometida a la ley, pero no con el fin de aplicarla. La Administración como poder público se encuentra sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 de la CE), y actúa con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103.1 de la CE), pero no tiene el fin de aplicar la ley, el derecho es cobertura, medio, límite pero no fin, el fin de la administración pública no es otro que servir a los intereses generales o públicos (art. 103.1 C.E.).

Por otro lado hemos de decir que la Administración también juzga, pero juzga de su propia actividad, en cambio la Jurisdicción juzga de la actividad ajena y de una voluntad de la ley que concierne a otros. Aparece así la llamada *alienità*, más conocida como ajenidad o tercedad, y que DE LA OLIVA denomina “desinterés objetivo”⁷¹, y GIMENO SENDRA⁷² “actuación desinteresada”. Podemos decir que la Administración se sirve de la autotutela para servir a los intereses generales o públicos, permitiéndole ello ser juez y parte, actuar el derecho en asunto propio, imponiendo unilateralmente su decisión a la otra parte. La administración pues puede tutelar por sí misma sus derechos tanto en la vía declarativa como en la ejecutiva, tanto conservando como llevando la iniciativa. Por su parte la jurisdicción ejerce un sistema de heterotutela, es decir la aplicación del derecho se realiza por un tercero ajeno a las partes, que impone a éstas su decisión. El posible conflicto no se resuelve por obra de las partes, sino por obra del tercero, a cuya decisión quedan aquéllas jurídicamente obligadas. La jurisdicción actúa el derecho sobre situaciones jurídicas ajenas, respecto de las cuales está desinteresada objetivamente. No trata de tutelar un interés propio. Con la aplicación del derecho no pretende trascender a otros fines; su potestad se reduce a la aplicación del derecho en

⁷¹ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I., VEGA TORRES, J., Derecho Procesal: Introducción, 3ª Edición, Ed. Ramón Areces, Madrid 2004, pág. 25.

⁷² Señala GIMENO SENDRA que la actividad judicial, es, ante todo, “una actuación –desinteresada– pudiendo afirmarse que la legitimación judicial se encuentra antitéticamente opuesta a la de las partes: en tanto que la legitimación activa y pasiva de éstas se determina por la titularidad de un derecho o la existencia de un interés en el proceso, la del juez proviene precisamente de esa ausencia de interés con el objeto procesal, ya que, en cualquier otro caso, y a fin de garantizar su independencia, se impone su –abstención– o –recusación–”. GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, 4ª edición, 2006, Ed. Colex, Madrid, pág. 26.

asuntos de otros. Asimismo, DE LA OLIVA⁷³, dice que sobre la proyección última de la actividad jurisdiccional sobre conductas ajenas, es decir, al antes llamado desinterés objetivo, pueden añadirse dos notas más identificadoras de la función jurisdiccional, y que al mismo tiempo la distingue de la administración, que son la imparcialidad y la independencia. Respecto de la primera señala que se trata de la situación distinta y neutral en la que se encuentran los órganos jurisdiccionales respecto de los sujetos jurídicos situados en situaciones en posiciones procesales contrapuestas, y en cuanto a la independencia, la misma consiste en la ausencia de vínculos de dependencia, o si se formula de forma positiva, en la absoluta soberanía de cada órgano jurisdiccional en el ejercicio de su oficio jurídico de aplicación del Derecho.

En el mismo sentido se manifiesta GIMENO SENDRA⁷⁴ señalando que los Jueces “han de ser independientes, porque si ese tercero, situado –supra partes-, adoleciera de falta de independencia nos encontraríamos ante un procedimiento que, en realidad, encubriría una fórmula autocompositiva, pero nunca ante un verdadero proceso. Dicha independencia, como veremos, ha de ser total, no sólo frente a la sociedad y las partes, sino también con respecto al Gobierno y a los órganos jurisdiccionales superiores, nota ésta que distingue al Juez de cualquier otro funcionario y, a la actuación jurisdiccional, de la administrativa, pues, aun cuando la Administración actúe también con objetividad y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), la simultánea condición de Juez y de parte que asume la Administración en el procedimiento administrativo no permite configurar a su actuación como –procesal-, sino autocompositiva”, por ello señala este autor que la independencia judicial es una nota esencial de la Jurisdicción, sin la cual no podrían los Juzgados y Tribunales aplicar correctamente el Derecho a los casos concretos, ya que la Ley, en tanto manifestación de la voluntad general, precisa que la actividad judicial de individualización normativa no pueda efectuarse tomando en consideración situaciones hegemónicas de las partes o privilegio material alguno.

Después de todo lo referido podríamos decir, siguiendo a MONTERO AROCA,⁷⁵ que la función jurisdiccional es la actuación del derecho objetivo mediante el ejercicio de una potestad ante pretensiones y resistencias, actuándose el derecho de modo irrevocable y ejercitando la potestad con desinterés objetivo.

Por otro lado hay autores que al acercarse a la función jurisdiccional lo hacen fundamentalmente desde dos concepciones teóricas diferentes, que no son otras que las teorías subjetivas y las teorías objetivas⁷⁶. Las primeras, las teorías subjetivas se elaboraron en torno a lo que se podría llamar manifestación civil de la jurisdicción, y conciben la función de la jurisdicción al servicio de los intereses de los particulares. El Estado, pues, con la función jurisdiccional tutelaría los derechos subjetivos de los

⁷³ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal. Introducción* op. Cit. Pág. 26.

⁷⁴ GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, op. Cit. pág. 25 y 26.

⁷⁵ MONTERO AROCA, J., *La Función Jurisdiccional y el “Status” de Jueces y Magistrados*, Documentación Jurídica, Op. Cit., Pág. 101. Vid también el mismo trabajo en JUSTICIA, 1986, pág.7-34.

⁷⁶ En este sentido MONTERO AROCA, J., “*La función jurisdiccional y el “Status” de Jueces y Magistrados*”, en JUSTICIA, Op. Cit., pág.9.

particulares. Por su parte, las teorías objetivas, consideran que la jurisdicción persigue la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma al caso concreto. Pero también podríamos decir que la administración actúa el derecho objetivo, por lo que hay que seguir analizando la función jurisdiccional para determinar lo que es característico de ella, y en este sentido hemos de decir que los Jueces y Magistrados tienen atribuida una potestad de derecho público, caracterizada por el imperium derivado de la soberanía que los sitúan en una posición de superioridad respecto de las personas que con ellos se relacionan.

Actuando jurisdiccionalmente el Juez no tiene superiores ni iguales, todos están bajo su potestad⁷⁷. Así pues, cuando los Jueces y Magistrados ejercitan la función jurisdiccional, actuando el derecho objetivo, lo hacen con potestad, pero no hemos de olvidar que la Administración actúa también con potestad (la cual no es exclusiva de Jueces y Magistrados), por lo que hemos de seguir intentando delimitar aún más la función jurisdiccional.

Así pues, digamos que para la actuación del derecho objetivo por los jueces, se hace necesario que alguien comparezca ante el órgano jurisdiccional y pida, puesto que la función jurisdiccional no se ejercita nunca sin petición ajena al órgano jurisdiccional, pero además es necesario que la petición se haga frente a otra persona. Surge así la pretensión,⁷⁸ y la resistencia, sin las cuales no se puede ejercitar la función jurisdiccional. Y dicho esto ya podemos señalar aquí una primera distinción, como es que la actuación del derecho objetivo se realiza siempre frente a dos partes, y que el ejercicio de la función jurisdiccional no se inicia de oficio. La administración si actúa de oficio,⁷⁹ y el derecho objetivo no se actúa frente a dos partes.

Por último, y como resumen y concreción de las distintas posturas de acercamiento a un concepto de función jurisdiccional, podemos señalar aquí la definición de dicha función que nos ofrece GONZALEZ MONTES⁸⁰, que nos señala que función jurisdiccional es aquella que “teniendo por contenido específico la individualización del derecho para el caso concreto y como contenido genérico la tutela e integración del derecho objetivo, se desarrolla mediante un proceso por órganos públicos imparciales, independientes y objetivamente desinteresados, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”.

⁷⁷ Cuando falta el elemento de autoridad característico a la potestad, y no se da una posición de supremacía o superioridad, se usa más frecuentemente la palabra poder, que la palabra potestad. Véase en este sentido SANTI ROMANO en “Poteri, potestà” en *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, pag. 194. Y sobre él se puede ver a FAIRÉN, V., “*La potestad jurisdiccional*”, en *Revista de Derecho Judicial*, 1972, 51-52.

⁷⁸ Sobre la pretensión véase a GUASP, J., “*La pretensión procesal*”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1952, enero-marzo, páginas 7-61. También en “*La pretensión procesal*”, Ed. Civitas, Madrid, 1981 y Madrid 1985.

⁷⁹ La administración también puede actuar a instancia de parte, pero esa instancia o petición no es una pretensión en sentido estricto.

⁸⁰ GONZALEZ MONTES, J.L. op. Cit. Pág 139.

2. DE LA FUNCIÓN JUDICIAL A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL: RAZONES PARA UN ESTATUTO ESPECÍFICO DE JUECES Y MAGISTRADOS.

2.1. La función judicial.

Como ya ha dejado dicho LOEWENSTEIN, la doctrina de la división o separación de poderes ha ido evolucionando en el Estado moderno a la concepción de separación de funciones, si bien con una colaboración entre los distintos poderes. Para este autor, “el concepto de *poderes*, pese a lo profundamente enraizado que está debe ser entendido en este contexto de una manera meramente figurativa”.⁸¹

En el ámbito jurídico se ha hablado y escrito mucho sobre la función de la norma, y sobre la función del derecho⁸², pero no se ha de confundir esta con la denominada “función judicial”, esta última también ha sido objeto de gran atención, dando lugar a una gran profusión de escritos y publicaciones en las que se abordan su significado⁸³, cuáles son sus contenidos, sus perfiles, sus límites, sus implicaciones, y asimismo podríamos concluir como ya hizo LOPEZ DE HARO⁸⁴, que si “en el tiempo nacen simultáneos la función y el órgano, ... las abstracciones mentales, sirviendo a la filosofía, dan prioridad a la función”, pues “en el orden lógico de las ideas la función es antes que el órgano, y éste y aquélla provocan el procedimiento”, pero ¿qué es la función judicial?, muy pronto el concepto de función judicial se identificó en nuestro país con la noción de jurisdicción⁸⁵.

⁸¹ LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Derecho, Barcelona 1986, pág. 55. Hemos de observar que la cita que se transcribe se encuentra incorporada en un epígrafe que lleva por título “Una antigua teoría: la separación de poderes”. Loewenstein se muestra muy crítico con la autonomía que como concepto ha alcanzado la idea de “poder”, tal y como se transmite en el ámbito político a partir de la revolución Francesa. Por el contrario, insiste, en su lugar, en el concepto de función, desde una perspectiva crítica con lo que lleva a denominar “el dogma” político más famoso que constituye el fundamento del constitucionalismo moderno.

⁸² Ver por todos, FERRARI, V., “*Funciones del Derecho*”, Ed. Debate, Madrid 1989. (Traducción de María José Añón Roig y Javier de Lucas Martín).

⁸³ Es muy interesante como estudio histórico fundamental de las concepciones de la función judicial, vid. DAWSON, *The Oracles of the law*, Westport, Conn., Greenwood Press, 1968.

⁸⁴ LOPEZ DE HARO, C., *La función Judicial*, Centro editorial de Góngora, Madrid, 1904, pág. 15, y 78.

⁸⁵ AGUILERA DE PAZ y RIVES MARTÍ, E., *El Derecho Judicial Español*, Tomo I, Madrid, 1920, pág. 2, que señala que la función judicial consiste en “la realización de la justicia, lo cual constituye uno de los fines esenciales del Poder público, el más importante de ellos, sin género alguna de duda, puesto que por él ha de obtenerse el respeto debido al Derecho y su conveniente restablecimiento en el caso de que fuere perturbado.” Y asimismo en su pág. 3 y siguientes se plantea si la función judicial es sólo función de juicio, o si lo es también de ejecución, con un interesante análisis filosófico-jurídico.

La elaboración del concepto de jurisdicción ha recorrido un largo camino pues no es un concepto pacífico en la doctrina.⁸⁶ En opinión de GIMENO un buen punto de partida sería el describir el concepto de acuerdo con su sentido etimológico, pero ya aquí encuentra diversidad de matices, no pudiendo determinarse con exactitud si el concepto de jurisdicción proviene de las palabras latinas *ius dicere*⁸⁷, *iure dicendo*, o *iuris dictio*⁸⁸, aunque en opinión de este autor, sea esta última raíz, la más aceptada⁸⁹. MONTERO AROCA, señala que “tradicionalmente se ha venido sosteniendo que el concepto de jurisdicción no es absoluto, válido para todos los tiempos y para todos los pueblos, sino relativo, con relación a un pueblo y a un cierto momento histórico”⁹⁰.

Por su parte VALENCIA MIRÓN⁹¹, señala que “la función judicial aparece vinculada a la noción de jurisdicción, en estrecha relación con el concepto de mando, de poder –del que se haya investido una autoridad pública- o *imperium*. Jurisdicción o *iurisdictio* equivale a la noción de decir (o declarar) el Derecho, pero el sentido moderno está privado de coerción mientras que originariamente, según las fuentes romana, *dicere* significaba la acción de decir con carácter imperativo o de mandato”⁹².

⁸⁶ Vid. PEDRAZ PENALVA, E., *La jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, octubre-diciembre, 1976, pág. 905-943.; *De la Jurisdicción como competencia a la Jurisdicción como órgano*. Rev. Ad. Pub., 1976,79, págs. 145-161.

GIMENO SENDRA, Vicente; *Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1978, pág. 311.

⁸⁷ El término *ius dicere* parece ser el equivalente terminológico del concepto de jurisdicción en el ordenamiento alemán, en donde se utiliza la palabra *Rechterprechung*.

⁸⁸ Cfr. AGUILERA DE PAZ-RIVES Y MARTI, *El Derecho Judicial Español*, Op. Cit., págs. 162-163. y CARNELUTTI, *Diritto e Processo*, Napoli, 1965, páginas 18-19.

⁸⁹ Cfr. GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1960, I, pág. 106; PRIETO CASTRO, L., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, I. Pág. 14

⁹⁰ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I*, Parte General, Ed. Tirant Lo Blanch, 12ª Edición, Valencia 2003, pág. 37. Vid. también *Introducción al Derecho Procesal: Jurisdicción, acción y proceso*, Madrid, 1979.

Este autor considera que la denominada relatividad de la jurisdicción tiene que cuestionarse desde dos frentes. Por un lado se podría partir de la afirmación que la jurisdicción existe independientemente del Estado y que sólo circunstancias históricas son las que han dado lugar a que en el momento actual el Estado haya recabado para sí el monopolio de la jurisdicción, con lo que el asumirla presupone una existencia anterior e independiente. De este modo, considera Montero que se quiere dar un concepto absoluto, y se define la jurisdicción como “la determinación irrevocable del derecho en el caso concreto, seguida, en su caso, por su actuación práctica” (Serra), y se está de esta forma prescindiendo de la consideración de la jurisdicción como potestad del Estado, llegándose a un concepto cierto, pero muy poco preciso jurídicamente y muy poco concreto políticamente, pues el no referir hoy la jurisdicción al Estado supone negar la realidad hasta el extremo de llegar a una noción inútil prácticamente. Y como segundo frente desde el que ha de cuestionarse la relatividad de la jurisdicción, refiere Montero que admitido que la jurisdicción se resuelve hoy en una potestad del Estado, la consecuencia ineludible es que el concepto de la misma ha de referirse a cada sistema político y a cada ordenamiento jurídico. El punto de partida común sería la atribución de la jurisdicción a la soberanía, pero a partir de ahí en cada sistema y ordenamiento puede llegarse a conclusiones matizadamente distintas.

⁹¹ VALENCIA MIRÓN, A.J.; *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Comares, Granada 2002. Pág. 203.

⁹² Vid. sobre el tema y en el mismo sentido a PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ, L., *Derecho de Tribunales (organización, funcionamiento, gobierno)*, Ed. Aranzadi, Madrid 1986, pág. 83 y ss.

Asimismo señala VALENCIA, que las diferentes acepciones de la palabra jurisdicción recogen la nota cualitativa de poder, potestad o autoridad, la cuantitativa de limitación del poder de la autoridad (la competencia) y el significado de espacio o territorio. En el mismo sentido se expresa ALMAGRO⁹³ diciendo que “el vocablo –jurisdicción– expresa bien subjetivamente una prerrogativa o cualidad del mando o poder político o bien, por traslación objetiva, el ámbito territorial sobre el que se ejerce la autoridad o mando”.

2.2. La función jurisdiccional.

El acercamiento a un concepto sobre la función jurisdiccional, ha variado mucho desde un concepto absoluto a un concepto relativo⁹⁴. Así por ejemplo mantenía de DE OTTO⁹⁵, que la tarea de definir la función jurisdiccional no tiene tan sólo un alcance científico o clasificatorio, sino que viene impuesta y ha de estar presidida por un concreto imperativo constitucional: el monopolio o exclusividad de la Jurisdicción.

Por su parte MONTERO AROCA considera que el concepto de jurisdicción al que ha de intentarse llegar tiene que ser aquél que atienda a la realidad de nuestro país y en este momento histórico, es decir, que tome como base de partida la Constitución y comprenda el desarrollo de la misma en la LOPJ, desde esta perspectiva define la jurisdicción como “la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los juzgados y Tribunales, integrados por jueces y magistrados independientes, de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado”.⁹⁶

Por otro lado no hemos de olvidar que LOCKE incardina la jurisdicción dentro del Poder Ejecutivo⁹⁷, concepción esta que se ha mantenido en el Reino Unido, en donde los Jueces se hayan adscritos a la Corona, y que es MONTESQUIEU quién en “L’esprit des Lois”, señala al Poder Judicial como uno de los poderes del Estado,

⁹³ ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho Procesal Tomo I. Parte General Proceso Civil, Volumen Primero*, Madrid, Ed. Trivium, 1995, pág. 91.

⁹⁴ Como ya hemos señalado anteriormente, respecto de la jurisdicción se ha destacado su relatividad, como concepto de un valor contingente, que no puede ser determinado sino en relación a un cierto momento histórico, y por tanto, unido también a las distintas formas de Estado. Vid. CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código, I*, traducción de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1962, pág. 114.

⁹⁵ DE OTTO y PARDO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid 1989, pág. 17.

⁹⁶ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I*, op. Cit. Parte General, Ed. Tirant Lo Blanch, 12^a Edición, Valencia 2003, pág. 38.

Entiende además ese autor que la jurisdicción para existir como tal tiene que referirse a un doble juego de condiciones: por un lado que los órganos a los que se atribuye la potestad no pueden ser cualesquiera, sino que han de estar revestidos de una serie de cualidades propias que los distinguen de los demás órganos del Estado, y por otro lado que la función que se asigna a esos órganos cualifica también la potestad, por lo que hay que estudiar según la Constitución y la LOPJ la función jurisdiccional.

⁹⁷ Véase LOCKE, J.; *Ensayos sobre el Gobierno Civil. Segundo Ensayo.*, Ed. Tecnos. Madrid 1989.

sustrayéndolo así del Poder Ejecutivo en base a la defensa de la libertad⁹⁸, y esto se puede decir que lo hace compelido por la necesidad de que aquellos que tienen la facultad de juzgar no dependan ni del legislativo ni del ejecutivo⁹⁹.

Autores como PEDRAZ PENALVA¹⁰⁰, opinan que es defendible tras la lectura del “Espíritu de las Leyes”, que el poder judicial no es poder en ningún sentido, ahora bien, creemos con ALMAGRO NOSETE¹⁰¹ que lo que se deduce de la lectura de la obra mencionada, es que se trata de un poder de características peculiares que lo lleva a ser un poder en un sentido distinto que los otros dos. Refiere MONTERO AROCA, que la potestad judicial, en la concepción teórica de Montesquieu, se atribuía a todos, a personas elegidas por el pueblo para algunos períodos de años, y “en esta construcción, pues, el poder judicial, al no representar a una fuerza social, es invisible o nulo, o bien que de los tres poderes el judicial es en cierto modo nulo, quedando sólo los otros dos, que son los verdaderos poderes”¹⁰².

Siguiendo con nuestra reflexión, si consideramos que lo que el Juez hace es aplicar la norma en un sentido estricto¹⁰³, sin ningún tipo de margen, y ausente de toda función social, no cabría hablar de Poder Judicial, sino de “Administración de Justicia”,

⁹⁸ “Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el Juez sería al mismo tiempo Legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el Juez podría tener la fuerza de un opresor”, MONTESQUIEU, L. DE SECONDAT, BARON DE, *El Espíritu de las Leyes*, Ed. Tecnos. Madrid 1985. L. XI C.VI. P. 107.

⁹⁹ Como señala GIMENO SENDRA, V., en *Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1978, op cit. “Difícilmente puede desligarse la Jurisdicción del Estado, porque constituye una emanación o atributo de su soberanía y porqué una vez desterrados los métodos autocompositivos como medio de solucionar los conflictos la función jurisdiccional es ejercitada exclusivamente a través de sus órganos (Jueces y Tribunales) en régimen de monopolio. Por tal razón la Jurisdicción ha de sufrir indefectiblemente las mutaciones que experimente el Estado, y en este sentido, resulta evidente la afirmación de que no es la misma Jurisdicción la contemporánea que la que existió en el Antiguo Régimen.”, y continua diciendo que “La configuración de la Jurisdicción como un Poder del Estado obedece como es sabido, a la teoría de la división de poderes. También en el Estado Absoluto existió una función legislativa, ejecutiva y judicial, pero tales funciones se encontraban concentradas en la persona del Monarca. El Rey era el Juez Supremo, la fuente única de la justicia y sus tribunales una delegación suya –Así el Fuero de Castilla se encargaba de disponer que Estas cuatro cosas son naturales al Señorío del Rey, que no las puede dar a ningún ome...Justicia, Moneda, Fonsadera e suos yantares (L.I.Títu.1)- Como garantía de la libertad del ciudadano, entendió el pensamiento liberal que se debía realizar en el Estado una distribución de sus funciones atribuyéndolas a tres órdenes o poderes distintos.”, págs. 312, 313, y 315.

¹⁰⁰ PEDRAZ PENALVA, E., *La Jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu*, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, op. Cit., octubre-diciembre 1976. pág. 927.

¹⁰¹ ALMAGRO NOSETE, J. *El Poder Judicial*, en el Libro “*Problemas actuales de la Justicia*”, en homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1988. Págs. 21-50.

¹⁰² MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, op. Cit. Ed. Tirant Lo Blanch, 12ª Edición, Valencia 2003, pág. 30.

¹⁰³ Se trataría esta, de una concepción tradicional del juez que se plasma en una actividad jurisprudencial marcada por una aplicación mecánica, pasiva, “técnica” de la ley por parte de funcionarios burocráticos, como magistralmente ha recordado ZAGREBELSKY, G. *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Einaudi, 1992. pág. 205 y 206.

en cuanto que al no existir diferencia de relevancia entre la Ejecución y Jurisdicción, la función de juzgar no sería sino una modalidad de la ejecución de la Ley. PARADA¹⁰⁴, señala que “Decidir ejecutoriamente controversias según y de acuerdo con las Leyes no podía por menos de ser considerada como una especie de la función más general de la ejecución de las Leyes”. Así pues, habríamos de entender desaparecido el Poder Judicial¹⁰⁵, que se vería sustituido por una “Administración de Justicia”, vinculada al Jefe del Estado de una manera o de otra, y en cuyo nombre se administra¹⁰⁶. Por lo tanto dentro de esta argumentación de influencia lockeana, la Justicia es parte del ejecutivo, y los jueces son funcionarios especializados que nombra éste para prestar un servicio en nombre del titular de ese Ejecutivo (que es el Jefe del Estado). Entender la función jurisdiccional como una función del poder ejecutivo fue lo que condujo a que en Francia, el poder ejecutivo subordinara a los jueces y se apoderará.¹⁰⁷

La función del Juez no sería muy diferente a la función de la Administración, sería únicamente un supuesto especial de la aplicación del derecho. La Jurisdicción y la Administración tendrían la misma naturaleza, su distinción radicaría en el grado, la primera tendría reconocida una mayor esfera de discrecionalidad, en tanto que la segunda vería reducida su discrecionalidad a la que le pudieran permitir los instrumentos de interpretación jurídica¹⁰⁸. Es por ello que autores como CLAVERO comentan que algunos textos constitucionales decimonónicos españoles emplearon la locución poder judicial (principalmente los de carácter progresista), frente a la denominación tradición de administración de justicia, sin que por ello se alterasen sustancialmente las cosas.¹⁰⁹

Así pues se plantea si la jurisdicción se encuadraría dentro de lo que podríamos llamar una ejecución legal, y a esto hay que contestar negativamente, pues son muchas y de gran importancia las diferencias entre jurisdicción y ejecución, que hace que podamos hablar de la función jurisdiccional con entidad propia.

¹⁰⁴ PARADA VAZQUEZ, J., *La Administración y los Jueces*, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas 1988, pág. 105.

¹⁰⁵ Como dice MONTERO AROCA, J. “haciendo desaparecer incluso esta expresión”, En *Independencia y responsabilidad del Juez*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, pag. 26 y ss. “A partir de la consideración de que la Justicia era una parte de la Administración Pública, la negación del carácter de poder constituido era ya una mera consecuencia”

¹⁰⁶ Dicha temática la podemos observar en las sesiones para la elaboración de la Constitución moderada de 1845. En dichas sesiones se manifiesta que “En rigor lógico, el Poder Judicial es indudablemente una rama del Poder Ejecutivo” – RODRÍGUEZ VAAMONDE, DSCD, 3 de diciembre de 1844, pág. 796. hasta entonces los textos constitucionales no habían hablado de Poder Judicial.

¹⁰⁷ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Op. Cit. Ed. Tirant Lo Blanch, 12ª Edición, Valencia 2003, pág. 31.

¹⁰⁸ Esta línea argumentativa no la podemos predicar del modelo anglosajón, en el cual el Juez es creador de Derecho, y en uso de ese poder, y amparado por la inamovilidad puede afirmar su propia sustantividad política frente al gobierno y el Parlamento, y convertirse así en un poder eficiente. Los mismo ocurre con el Juez en USA, el cual goza de una definición constitucional como poder, y de la posibilidad de controlar no sólo el Ejecutivo, sino también el Legislativo al amparo de la cláusula de supremacía del artículo VI de la Constitución federal dando lugar a una judicatura muy fuerte.

¹⁰⁹ CLAVERO, B., *Manual de historia constitucional del Poder Judicial*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 19 y ss.

En primer lugar la actividad jurisdiccional se rige por el principio de justicia rogada, es necesario que se active siempre por terceros, en cambio la actividad ejecutiva actúa por propia voluntad y a su iniciativa. Asimismo y en segundo lugar la jurisdicción tiene una estructura tripartita, en la que dos partes que se enfrentan recurren a un tercero que está situado en una posición *supra partes* para que resuelva un conflicto declarando el derecho en el caso concreto. Por su lado la actuación administrativa es dualista, de un lado la administración actuante, del otro los destinatarios de la actividad de la misma.

Digamos también que la jurisdicción se ejercita mediante un procedimiento estructurado en torno a la idea de debate entre dos partes que intentan convencer a un tercero, es decir, la jurisdicción se actúa mediante un procedimiento contradictorio.

Por último señalar que el fallo judicial que resuelve el proceso cerrando el debate, la decisión final de la jurisdicción, se tiene por verdad legal, imponiendo el cumplimiento de la misma a todos¹¹⁰. Es lo que se conoce como efecto de cosa juzgada. Estas son las características esenciales de la actividad jurisdiccional que la distinguen de la actividad ejecutiva¹¹¹.

Por otro lado, hemos de decir que la jurisdicción comprende un poder de interpretación que conlleva un margen de discrecionalidad, que tiene una labor creadora, dado que no es una operación cuasi-mecánica. El Juez en su labor interpretativa, hace una selección de normas del ordenamiento que considera aplicables al caso, posteriormente selecciona el sentido de la norma o normas escogidas, y de esta manera el Juez codetermina el mandato establecido por la ley, y este papel codecisor es inherente a la tarea de juzgar. Así pues en su labor interpretativa, el juez crea Derecho, es decir ejerce un poder, el Juez manda. Otra cosa es la determinación de cuál pueda ser la posición de la jurisprudencia en el sistema de fuentes de producción de Derecho.

El Juez en el ejercicio de la función jurisdiccional no sólo dice el Derecho a aplicar al caso concreto, el Juez ordena al fallar, su decisión, que resuelve el caso y vincula a las partes en el proceso, es ejecutiva¹¹². Su resolución esta dotada del poder de

¹¹⁰ Siendo esto base fundamental de la exigencia constitucional de la motivación de Sentencias. (Vid art. 120.2 de la C.E.).

¹¹¹ Vid en el mismo sentido a DE OTTO y PARDO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 20. que señala que "...para acabar de definir la función jurisdiccional: que la única nota que diferencia a la jurisdicción de cualquier otra función de aplicación del derecho es la irrevocabilidad de la decisión con la que la jurisdicción se ejerce", y asimismo concreta que "La irrevocabilidad consiste en la imperatividad inmutable, esto es, en el efecto de cosa juzgada, en el carácter inalterable de la decisión (cosa juzgada formal) y en la fuerza del pronunciamiento para obligar a todos como acto de concreción imperativa del derecho en un caso concreto, excluyendo la posibilidad de volver a tratar y decidir sobre el mismo objeto ya resuelto de manera firme (cosa juzgada material). Tal cualidad no concurre en ninguna resolución administrativa, pues incluso los actos administrativos no recurribles –que no existen en nuestro ordenamiento actual por obra del art. 24.1 de la CE – son anulables de oficio por la propia administración".

¹¹² Señalaban nuestros tratadistas clásicos que de la Jurisdicción se podían predicar tres características esenciales y dos accidentales, respecto de las primeras señalaban que eran la *notio*, la *decisio* y el *imperium*, y respecto de las segundas, que podían darse o no, eran la *vocatio* y la *coercio*. Por lo tanto estos autores entendían que si el órgano que ejerce la jurisdicción no tiene la facultad de recabar para sí el conocimiento de todos los conflictos, de solucionarlos mediante la aplicación del derecho objetivo y de hacer cumplir sus decisiones, no ejerce la jurisdicción.

obligar a dichas partes, así pues, el Juez o Magistrado esta capacitado para dictar las medidas necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de su decisión. En este sentido tiene la facultad de vincular a otros órganos del Estado, y a situarles bajo la autoridad del Juez a los efectos de la ejecución de la sentencia¹¹³. Esta es la idea de imperium que también recoge MORENO CATENA¹¹⁴, señalando que se trata de un “mandato jurídico que debe ser acatado, o, en caso contrario, es capaz de imponerse por la fuerza del aparato coactivo público que en cada momento rigiera, por más que su concreta titularidad, su propio contenido y el modo en que ha sido ejercida, hayan ido cambiando a lo largo de los tiempos”.

Y por último ya hemos comentado anteriormente la autoridad de cosa juzgada, o *res iudicata*, las cuestiones decididas por el Juez, no pueden, en consecuencia, ser objeto de nuevo contencioso, pues en el caso el Derecho ya está “dicho”, y asimismo si no es observada la decisión judicial voluntariamente, puede o deber ser impuesta (ejecución forzosa) por medios coercitivos. Decía RUBIO¹¹⁵ que “no puede olvidarse, ... que la función de juzgar no es sólo de ciencia y saber, sino de autoridad y mando, y si una de ellas falta, quiebra desde luego la función”.

De todo lo dicho hasta ahora, constatamos que la Jurisdicción es un poder específico, dotado de características propias, diferenciando el poder judicial de los demás poderes del Estado¹¹⁶. Pero las características especiales de la jurisdicción no bastan para configurar el poder judicial, se hacen necesarios otra serie de elementos, en opinión de MARTÍNEZ SOSPEDRA¹¹⁷ “la existencia de un Poder Judicial como algo que comprende y al tiempo excede el ejercicio de jurisdicción exige la concurrencia de cuatros rasgos: en primer lugar la existencia de órgano u órganos propios a los que se encomienda la jurisdicción con carácter si no exclusivo al menos preeminente; en

¹¹³ Esta se puede decir que es la esencia de la jurisdicción, el imperium, la capacidad de mando que vincula a terceros. La exteriorización de esta fuerza se puede observar en el proceso de ejecución de sentencias, pero también dentro del proceso declarativo donde tenemos una serie de actos del Juez y de sus auxiliares como emplazamientos, requerimientos, actos cautelares y otros, que garantizan al Juez la superioridad sobre las partes, y que hacen posible, en definitiva la realización de la decisión final. Esto es lo que llamaba CARNELUTTI en *Diritto e Processo*, Op. Cit., Napoli 1965, pág. 83, potestad ordenadora, señalaba este autor que “La potestad fundamental es naturalmente la que el Juez ejercita mediante la decisión. Pero junto a tal potestad, la Jurisdicción se articula mediante un conjunto de otros poderes. En particular, antes y a fin de decidir, le corresponde al Juez dictar órdenes sin las cuales el proceso no se podría desarrollar; llega así en el ámbito de la potestad jurisdiccional, además de la potestad decisoria, una potestad ordenadora”.

¹¹⁴ MORENO CATENA, V., y CORTES DOMINGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2º Edición, Valencia 2005, pág. 44.

¹¹⁵ RUBIO, R., *La Inspección de Tribunales*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerios de Justicia, Madrid 1950, pág 147.

¹¹⁶ La Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986 de 29 de julio (RTC 1986\108), se centra en la significación del Poder Judicial como potestad de ejercer la jurisdicción, pero como dice BORREGO LÓPEZ, José (siguiendo a AROZAMENA SIERRA, J.), junto a esta significación “la rúbrica del Título VI de la constitución está refiriéndose también al conjunto orgánico, al conjunto de órganos investidos de jurisdicción, a la organización judicial en su conjunto”. Vid. BORREGO LOPEZ, J., *La Administración del Poder Judicial*, Poder Judicial nº 39, 1995, pág. 13.

¹¹⁷ MARTINEZ SOSPEDRA, M. op. cit. pág. 12.591 y ss.

segundo lugar la existencia de una atribución constitucional de poder reservada o cuasi-reservada a dichos órganos...en tercer lugar el contar con un personal propio diferenciado y en lo fundamental no intercambiable con los otros Poderes del Estado; en cuarto y último lugar un estatuto jurídico propio adecuado al ejercicio de los poderes y funciones que determinan el perfil específico del Poder”.

Como órganos propios, que son el fundamento mínimo necesario para que exista un Poder del Estado¹¹⁸, hay que decir que en la Jurisdicción estos órganos son los Jueces y Magistrados conforme al artículo 117.1 de la C.E., son ellos los que tienen atribuida la función jurisdiccional de manera específica.

En cuanto a la atribución constitucional de un poder propio¹¹⁹, hay que señalar que la función jurisdiccional es ejercida por los jueces y Tribunales que son los órganos del Poder Judicial, con carácter exclusivo¹²⁰, y es por ello que el Juez no ha de tener más poderes que estos, no puede ser gobierno o legislador, de ahí que el artículo 117.4 de la Constitución española señale que el Juez no tiene más poderes que esos y los que pueda atribuirle la ley para satisfacer una de las funciones o poderes implícitos en la jurisdicción, la garantía de los derechos. En opinión de ALMAGRO NOSETE¹²¹, la función jurisdiccional, se diferencia de las otras dos funciones del Estado, la ejecutiva y la legislativa, en que no está al servicio del poder (aunque este poder se produzca y actúe configurado por el Derecho) sino al servicio del Derecho (aunque tenga necesidad de instrumentarse por medio de un poder), esta diferencia, es en opinión de este autor “el origen de su grandeza y causa de su debilidad”.

2.3. La jurisdicción como garantía.

¹¹⁸ En caso del Ejecutivo ese mínimo es el Gobierno, y en el del Legislativo, el mínimo es el Parlamento.

¹¹⁹ El poder de control que corresponde al Poder Judicial, en base a nuestra Constitución es claro, y en este sentido hemos de decir, que:

- El juez ordinario, es Juez de los derechos constitucionales, en especial de los fundamentales (art. 53.2 de la CE).
- Corresponde al Juez ordinario el control de la legalidad de los actos y normas administrativas, tanto si provienen del Ejecutivo como de los órganos parlamentarios (art. 106.1 CE y art. 6 de la LOPJ), este control se extiende al sometimiento de la acción administrativa a los fines constitucionalmente prescritos (art. 8 de la LOPJ).
- Es competencia del Juez ordinario controlar el recto ejercicio de la delegación legislativa por el Gobierno (art. 82.6 CE).
- El Juez ordinario, como Juez de la legalidad vigente, es Juez constitucional tanto de las normas anteriores a la Constitución, sea cual fuere su rango y forma, como cuanto de las normas subordinadas a la ley posteriores a la ley fundamental;
- El Juez ordinario es el dueño de la cuestión de inconstitucionalidad prevista por el artículo 163 de la Constitución española y ordenada por los artículos 35 y siguientes de la LOTC.
- El Juez ordinario ejerce su poder de interpretación de las leyes de acuerdo con el principio de interpretación conforme a Constitución como regla hermenéutica prioritaria (art. 5 de la LOPJ).

¹²⁰ DE OTTO y PARDO, I., señala que “no hay un Poder Judicial titular de la potestad jurisdiccional del cual sean órganos los Jueces y Magistrados o los Juzgados y Tribunales, sino que son los propios jueces y magistrados, cada uno, de ellos, los titulares de esa potestad, del Poder Judicial como función”, pag. 30 de *Estudios sobre el Poder Judicial*. Op. Cit.

¹²¹ ALMAGRO NOSETE, J., *El Poder Judicial*, en el Libro “Problemas actuales de la Justicia”, en homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario, Op. Cit. Pág. 23.

Dice FERRAJOLI¹²², hablando de la jurisdicción, que la misma, viene a configurarse como un “límite de la democracia política”. Señala que si entendemos a la “democracia” en el sentido de omnipotencia de la mayoría, lo que conlleva entender como omnipotentes a los poderes político-representativos, el fundamento de la legitimidad del poder judicial no es “democrático”, sino “legal”. No obstante señala dicho autor que se puede entender la democracia en otro sentido o dimensión, -la denominada dimensión constitucional o “sustancial” que afecta no al quién se encuentra habilitado para decidir (la mayoría, desde luego), sino al qué cosa no es lícito decidir (o no decidir) a ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad y desde este prisma se facilita un nuevo fundamento “democrático” al papel del juez en el estado constitucional de derecho que es complementario de la democracia política. Continúa con su reflexión este autor señalando que en la esfera de lo no decidible se sitúa aquello que las constituciones democráticas han señalado y convenido como sustraído a la voluntad de la mayoría “como precondiciones del vivir civil y a la vez razones del pacto de convivencia”, siendo esto esencialmente dos cuestiones; la tutela de los derechos fundamentales y la sujeción de los poderes públicos a la ley. El carácter “democrático” de la jurisdicción como garantía, por una parte de los derechos de todos, y, por otra, del ejercicio legal de los poderes públicos, residiría en estos dos valores que son expresión del principio de igualdad, y de aquí entiende el autor que se derivan dos consecuencias, por un lado el reforzamiento del fundamento de la división de poderes y de la independencia de los magistrados, y por otro lado el fortalecimiento del garantismo como fuente de legitimación y condición de credibilidad del poder de los jueces.

Tengamos en cuenta que la propia Constitución española garantiza en su art. 9.3 el principio de legalidad. Y por su parte el art. 117.1 del texto fundamental nos advierte que los Jueces y Magistrados “están sometidos únicamente al imperio de la ley”, lo que le sirve a DIEZ-PICAZO para constatar que la única norma jurídica que los tribunales no pueden obviar en ningún caso es la legal¹²³. El Juez tendría una “higher (sic) obligación de obedecer y aplicar la ley”¹²⁴. Además su libertad de elaboración sobre los derechos fundamentales estará siempre limitada por la exigencia establecida en el art. 5.1 de la LOPJ, según la cual los jueces deberán interpretar y aplicar las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales pero siempre “conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”¹²⁵, lo que reduce los riesgos que para la

¹²² FERRAJOLI, L., “*Jurisdicción y democracia*”, Jueces para la Democracia nº 29, julio 1997, págs. 4. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

¹²³ Tengamos en cuenta como el art. 1 de la LOPJ matiza la cuestión reproduciendo casi literalmente el contenido del referido art. 117.1 pero con la importante salvedad de precisar que los Jueces y Magistrados están sometidos “únicamente a la Constitución y al imperio de la ley”. Es decir, primero al texto constitucional.

Mantiene DIEZ-PICAZO, L. M., en *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, que la sumisión que el texto constitucional establece exclusivamente al “imperio de la ley” “no se trata, como ya se ha apuntado, de que el juez no esté vinculado a los demás tipos de normas sino de que su vinculación a la ley es cualitativamente distinta”. Pág. 117 y ss.

¹²⁴ DIEZ-PICAZO, L. M., en *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, op. Cit. pág. 117.

¹²⁵ Véase al respecto las interesantes aportaciones de DE OTTO y PARDO, I. en *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*. Ed. Ariel, Barcelona 1987.

seguridad jurídica derivarían de un juez totalmente “desvinculado”. Por último, como señala FERNANDEZ-VIAGAS¹²⁶, “si el precepto legal no pudiera ser obviado en ningún caso, habría que tener en cuenta, que la libertad interpretativa de cada Juez está limitada inexorablemente por el deber de dar una motivación adecuada... y conviene subrayar que toda norma admite únicamente un número limitado de interpretaciones racionalmente argumentadas. Más allá de éstas, no hay sometimiento a la ley, sino desconocimiento puro y simple de la misma”.

Hemos de recordar, como ya en 1978 el profesor GIMENO SENDRA consideraba que la legitimación de la Jurisdicción a través de los sistemas de designación de los miembros que la componen era una idea prácticamente abandonada¹²⁷, la legitimación del Juez, más allá del mero proceso, como decía LUHMANN¹²⁸, había que incardinarla en la sumisión a la ley y en la independencia del mismo, una y otra conformaban la expresión del compromiso del juzgador con la Sociedad de su tiempo cuyos valores comunes ha de recoger y traducir¹²⁹. Decía el profesor Elías DIAZ, recogiendo y concretando magistralmente el pensamiento de Renato TREVES, “...el Juez debe salvarse y liberarse junto con la norma, junto con el derecho...”; aplicando aquella de forma que sea “...cada vez más auténtica expresión de la voluntad de la Sociedad de que se trata...”; contribuyendo a su transformación hacia “...objetivos progresivos de carácter amplia y genuinamente democrático...”¹³⁰

2.4. El estatuto de Jueces y Magistrados como garantía de la función jurisdiccional.

En primer lugar hemos de recordar que fue La Constitución de 1837 la que reconoció el principio general de acceso de todos los españoles a los empleos y cargos

¹²⁶ FERNANDEZ-VIAGAS BARTOLOME, P., *El Juez Imparcial*, Ed. Comares, Granada 1997, pág. 67 y 68.

Vid también en el mismo sentido a DIEZ-PICAZO, L. M., en *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 129.

¹²⁷ GIMENO SENDRA, V, “*Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial*”, op. Cit. en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1978, 2-3, pág. 332.

¹²⁸ Ídem. *Ibidem*, págs. 333-334.

¹²⁹ Vid en este sentido a FERNANDEZ ENTRALGO, J., *Valoración de la Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial*, en Los Jueces en una Sociedad Democrática (Coordinador Juan Igartua Salaverria), Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1987, pág. 104.

Para LUCAS VERDU, P “...el origen democrático del poder judicial... se concreta mediante la actuación de los Jueces y Magistrados que lo integran ajustándose a los requisitos de independencia, inamovilidad y sometimiento al imperio de la ley connaturales a todo Estado de Derecho...”, en “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey”, en *El Poder Judicial, (obra colectiva editada por el Instituto de Estudios Fiscales)*, Madrid, 1983, pág. 1757.

Por su parte GARCÍA-BARBON CASTAÑEDA, J. entiende que el Poder Judicial asume “... un triple compromiso; compromiso con la norma, compromiso con la justicia y compromiso con la realidad social”, en “*Justicia y Poder Judicial*”, en *El Poder Judicial, (obra colectiva editada por el Instituto de Estudios Fiscales)*, Madrid, 1983, pág. 1380.

¹³⁰ “Estudio preliminar a la edición española” de la obra de TREVES, R. “*El juez y la Sociedad. Una investigación sociológica sobre la Administración de Justicia en Italia*”, Madrid, 1974, pág. 11.

públicos según mérito y capacidad (art. 5),¹³¹ pero será el Estatuto de Bravo Murillo¹³², el que por primera vez defina un Estatuto de la función pública, en cuanto marco jurídico rector de sus derechos y obligaciones ante la Administración y ante los ciudadanos¹³³.

Por lo que se refiere a los orígenes de un estatuto judicial hemos de decir que fueron los liberales gaditanos, los que inspirándose en el modelo revolucionario francés, pretendieron formalmente al menos, configurar un poder judicial distinto y distante del resto de poderes, aunque como dice JIMENEZ ASENSIO¹³⁴, “los años transcurridos desde 1789 habían atemperado notablemente las ínfulas revolucionarias, y en lo que a poder judicial se refiere, las tímidas influencias del constitucionalismo de corte anglosajón sobre el texto gaditano” (aunque sin olvidar que estas influencias se combinaban con elementos propios del modelo francés a tener en cuenta)¹³⁵. No obstante lo referido hemos de hacer constar que las influencias anglosajonas se observan no sólo en el texto constitucional de 1812, sino también en el Discurso Preliminar que acompaña a aquélla y atribuido a Agustín DE ARGUELLES, en el que se decía que “uno de los principales objetivos de la Constitución es fijar las bases de la potestad judicial, para que la administración de Justicia sea en todos los casos efectiva, pronta e imparcial”, tras lo cual se definían las líneas maestras de lo que se puede calificar como el estatuto del juez¹³⁶, en el que la garantía de inamovilidad era clave en la independencia judicial.

¹³¹ El art. 5 de la Constitución monárquica de 18 de junio de 1837, dispone que “*Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad*”.

¹³² Real Decreto de 18 de Junio de 1852.

¹³³ GARCIA TREVIJANO FOS, J.A., *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Vol. I*. Ed. Rev. Derecho Privado. Madrid, 1970, pág. 86, señalaba que “*Por Estatuto debe entenderse la norma o conjunto de normas que regulan la vida profesional de los funcionarios públicos en sentido estricto, garantizando sus derechos frente a la Administración y estableciendo sus obligaciones frente a ella y frente a terceros.*”

¹³⁴ JIMENEZ ASENSIO, R., “*El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio*”, en “*El Acceso a la función judicial. Estudio comparado*”, Op. Cit. pág. 130-131.

¹³⁵ Vid sobre la influencia de la tendencia constitucional francesa, aunque referida al caso del jurado, el estudio de CLAVERO, B. “*Happy Constitution; crédito del jurado y credenciales del constitucionalismo*”, *Happy Constitution. Cultura y lenguas constitucionales*. Ed. Trotta, Madrid, 1997, pág. 90 y ss.

¹³⁶ Vid. Discurso Preliminar a la Constitución de Cádiz de 1812, CEC, Madrid. Y en concreto su página 101 que señala que “*Como la integridad de los jueces es el requisito más esencial para el buen desempeño de su cargo, es preciso asegurar en ellos esta virtud por cuantos medios sean imaginables. Su ánimo debe estar a cubierto de las impresiones que pueda producir hasta el remoto recelo de una separación violenta. Y ni el desagrado de un monarca ni el resentimiento de un ministro han de poder alterar en lo más mínimo la inexorable rectitud del juez o magistrado. Para ello, nada es más a propósito que el que la duración de su cargo dependa absolutamente de su conducta, calificada en su caso por la publicidad de un juicio*”.

Sin duda, el Poder Judicial ha de estar dotado de un personal propio y diferenciado¹³⁷, dado que la función de este Poder no es otra que la jurisdiccional, y esta requiere que el Juez sea un tercero, y para que esto se pueda conseguir se hace necesario fijar un estatuto del personal judicial, que no permita las interferencias de los Poderes del Estado respetando la división de poderes¹³⁸. Así pues, el estatuto propio de los miembros del Poder Judicial, difiere del propio de los demás funcionarios públicos y se caracteriza por lo recogido en el art. 117.1 de la CE; independencia, inamovilidad, responsabilidad y vinculación exclusiva por la ley.

Señala CARRERAS LLANSANA¹³⁹ que la funcionariedad del juez es una herencia cierta del liberalismo, y que la finalidad que se persigue no es otra que la de aislar la judicatura, a través del estatuto propio de Jueces y magistrados de la política. En opinión de MONTERO AROCA¹⁴⁰, “El estatuto es un medio que posibilita el cumplimiento de una función atribuida en exclusiva, función que está al servicio de los ciudadanos. Sólo en tanto sea necesario para el buen cumplimiento de la función se justifica el estatuto especial”.

Sólo cuando se parte de la división de poderes constituidos y a cada uno de ellos se le atribuye una función propia y exclusiva, se hacen necesarios estatutos distintos para las personas que asumen esas funciones. Cuando del Rey se sesgó la facultad de juzgar, cuando se conformó un poder judicial independiente del poder ejecutivo, es cuando se habló de la independencia de jueces y magistrados en su quehacer¹⁴¹. Este es el elemento fundamental de los Jueces y Magistrados, estando todos los demás elementos que afectan al estatus de jueces y magistrados en función de la misma, como decía AGUNDEZ FERNÁNDEZ¹⁴² al tratar las garantías constitucionales de la independencia judicial, “La libertad dentro de la sociedad es para el Juez la

¹³⁷ DEL CACHO FRAGO, A., lo expresa diciendo que “Para hacer posible el ejercicio objetivo de la potestad jurisdiccional en que el Poder Judicial se manifiesta, éste cuenta objetivamente con un entramado organizativo de medios personales y materiales en el que destacan como elemento subjetivo esencial los Jueces y Magistrados integrantes del mencionado poder (art. 117 de la Constitución Española).”, en su Trabajo, *Gobierno interno de Tribunales y Juzgados, Salas de Gobierno. Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia. Junta de Jueces*. Poder Judicial, 1988, nº V especial, pág. 219.

¹³⁸ Permitiendo esta argumentación sostener incluso la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales de los integrantes del poder judicial (Art. 127 CE).

¹³⁹ CARRERAS LLANSANA, J., *Las fronteras del juez*, en Estudios de Derecho Procesal, con FENECH, Barcelona 1962, págs. 105 y ss. Vid. Asimismo, BETTERMANN, *Der Richter als Staatsdiener*, Hamburg, 1967.

¹⁴⁰ MONTERO AROCA, J., “La Función jurisdiccional y el “status” de Jueces y Magistrados”, en Justicia 1986, Op. Cit. pág. 8.

¹⁴¹ Sólo se puede hablar de la existencia de un Poder Judicial si existe la Independencia judicial, por ello como dice LOEWENSTEIN en su obra “*Teoría de la Constitución*”, op cit. Ediciones Ariel, 1970, págs. 294 y ss.: “La independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de interferencias de cualquier otro detentador del poder constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático constitucional del Derecho...La ratio de la independencia judicial no necesita ninguna explicación: si el juez no está libre de cualquier influencia o presión exterior, no podrá administrar justicia imparcialmente según la ley”.

¹⁴² AGUNDEZ FERNANDEZ, A. *Garantías Constitucionales de la Independencia Judicial*, Revista de Derecho Procesal, 1981, pág. 336.

independencia en el ejercicio de su función. El Derecho fundamental de libertad del hombre constituye para el Juez el derecho fundamental de independencia judicial”, ahora bien como recoge BERGALLI y hemos señalado con anterioridad, “la independencia del Poder Judicial tiene que ser entendida como independencia frente a los otros poderes del Estado y a los centros de decisión de la propia organización judicial, pero no como separación de la sociedad civil ni como cuerpo separado de toda forma de control democrático y popular”¹⁴³. De todo ello hablaremos con más detenimiento más adelante, pero ahora se hace necesario recoger algunas reflexiones.

Muchos de los aspectos que se predicán como exclusivos de los Jueces y Magistrados, como es el caso de la imparcialidad e inamovilidad entre otros, son comunes a la generalidad de los funcionarios, pero ello no es óbice para constatar que en el caso de los titulares de los órganos jurisdiccionales adquieran una especial relevancia.

La independencia de los Jueces y Magistrados la constatamos en los artículos 117.1, 124.1 y 127.2 respecto de los integrantes del Poder Judicial organización, en el artículo 159.5 respecto a los Magistrados del Tribunal Constitucional, y el artículo 136.3 respecto de los miembros del Tribunal de Cuentas, puesto que parte de la actividad de este Tribunal es jurisdiccional.

Cuando en el artículo 117.1 se recoge que los Jueces y Magistrados administran justicia “sometidos únicamente al imperio de la ley”¹⁴⁴, esto no significa que exista sumisión al Poder Legislativo¹⁴⁵, ni que la independencia tenga un límite en la ley. No olvidemos que la independencia se justifica en el cumplimiento de la función.

Por otro lado hemos de decir, que el Juez o Magistrado en el desarrollo y ejercicio de la función jurisdiccional no tiene superior, al contrario de lo que sucede con el resto de funcionarios cuya actuación se sujeta al principio de jerarquía (art. 103.1 de la C.E.)¹⁴⁶. Cada Juez o Tribunal dentro de su competencia ejerce la potestad jurisdiccional que tiene atribuida, sólo está vinculado a la Ley.

La función jurisdiccional se atribuye de manera exclusiva a los Juzgados y Tribunales conforme al artículo 117.3 de la C.E., y dentro de ellos a unas personas los Jueces y Magistrados. La exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, conlleva que no se puedan atribuir dichas funciones a órganos diferentes a los jurisdiccionales. Y Por otro lado los Jueces y Magistrados no pueden tener atribuidas más que la función jurisdiccional, es decir no pueden, en palabras de GIMENO

¹⁴³ BERGALLI, R., *Estado Democrático y cuestión Judicial. Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial*. De Palma. Buenos Aires, 1984, pág. 101.

¹⁴⁴ Art. 117.1 CE “La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

¹⁴⁵ El Juez en su actuación aplica la norma elaborada por el Poder Legislativo, pero no significa que se encuentre vinculado por cualquier acto de estas cámaras, y así por ejemplo en relación al artículo 76 de la CE, las conclusiones de las comisiones no vinculan a los tribunales, pero es más, los actos administrativos de las Cámaras son controlables por el Poder Judicial.

¹⁴⁶ Art. 103.1 CE “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

SENDRA¹⁴⁷ “efectuar otras funciones –arts. 117.4 CE, 2.2 LOPJ- estándoles en particular vedada la asunción de funciones políticas o ejecutivas –art. 127.1 CE-“¹⁴⁸. Esta prohibición no impide que la Jurisdicción pueda ejercitar funciones, que sin ser estrictamente jurisdiccionales, la Ley les puede confiar en garantía de cualquier derecho- (art. 117.4 CE),¹⁴⁹ en este sentido y entre otras funciones¹⁵⁰, el art. 2.2. de la LOPJ le otorga el Registro Civil¹⁵¹, y la LEC les confiere la denominada jurisdicción voluntaria (Arts. 2109 y ss)¹⁵². Así pues, como dice DIEZ-PICAZO GIMENEZ¹⁵³, los Tribunales, aparte de la función jurisdiccional, sólo pueden ejercer las funciones que

¹⁴⁷ GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Op. Cit., pág. 26.

¹⁴⁸ El art. 117.4 de la CE señala que “Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

Y el art. 2.2. de la LOPJ recoge que “Los Juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el párrafo anterior, las de Registro Civil y las demás que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

¹⁴⁹ En opinión de FAIREN, V., en *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Ed EDERSA, Madrid 1986, pág. 22, a través de la cláusula general con que continúa este párrafo 4º del art. 117 (y el 2º del art. 2 de la LOPJ)... y las demás que le sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho” –es enemiga de la seguridad jurídica-, se podría llegar a “una dictadura judicial en sabia combinación con el Parlamento (con un Parlamento determinado)”.

Vid también SANCHEZ BARRILAO, J. F. *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*, Ed. Civitas, Madrid 2002.

¹⁵⁰ No obstante, estas funciones al no ser estrictamente jurisdiccionales, entendemos que podrían ser encomendadas a otros funcionarios (vgr. Los actos de la jurisdicción voluntaria a los notarios) u órganos colabores de la Jurisdicción (los actos instructorios de pura investigación al Ministerio Público como sucede en la LO 5/2000 penal y procesal del menor), sin que existiera ningún obstáculo constitucional.

¹⁵¹ Señala el art. 86 de la LOPJ que los Registros Civiles estarán a cargo de los Juzgados de 1º Instancia y, por delegación de éstos, de los de Paz. El registro civil se rige por la Ley, de 8 de junio de 1957 (LRC) y, según dispone su art. 6.1, tiene como función inscribir los hechos relativos al estado civil de las personas (nacimientos, filiaciones, estado civil, incapacidades de obrar, etcétera.).

Hemos de señalar también como ha puesto de manifiesto nuestro TC que la circunstancia de que la función registral civil fuera encomendada cuando se creó esta institución en nuestro derecho –Ley de 17 de junio de 1870- a los órganos judiciales, no convierte automáticamente aquella función en jurisdiccional. El Registro Civil, pese a estar encomendada su llevanza a órganos judiciales, no es función jurisdiccional, sino registral. Así expresamente se deduce del art. 2 de la LOPJ que, tras precisar en su apartado 1º que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde a los juzgados y tribunales, en el 2º puntualiza que éstos, además de la función jurisdiccional no podrán ejercer más funciones que las del Registro Civil y las demás que expresamente les atribuya la ley en garantía de cualquier derecho. Los jueces a los que, además del ejercicio de la correspondiente función jurisdiccional, se les encomienda la llevanza del Registro Civil, en esta función no actúan como órganos jurisdiccionales, sino como registradores o encargados del Registro. Siendo ello así, el título competencial aplicable viene claramente determinado por el art. 149.1.8º de la Constitución que atribuye competencia exclusiva al Estado para la ordenación de los registros e instrumentos públicos y ha de ser en ella en la que ha de ampararse para determinar la demarcación registral, como aspecto específico de esa facultad genérica de ordenación de los registros (STC 56/90 de 29 de marzo de 1990, RTC 1990\56).

¹⁵² Establece el art. 1811 de la LEC de 1881 que “Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesario o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas”.

¹⁵³ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGA TORRES, J.: *Derecho Procesal. Introducción*. 3ª Edición. Op. Cit. Pág. 167.

taxativamente les atribuyan las leyes en garantía de cualquier derecho, siendo dos los requisitos impuestos por la Constitución para la atribución a los Tribunales de funciones no jurisdiccionales; la primera de orden formal sería que la atribución habría de hacerse por ley, y la segunda, de contenido, que la atribución ha de tener por finalidad que los Tribunales garanticen algún derecho. Con ello se intenta salvaguardar en opinión de este autor, que por un lado se impidan las competencias de otros poderes del Estado por los órganos jurisdiccionales, y por otro lado se intenta proteger la independencia y buen funcionamiento de los propios órganos judiciales, que podrían verse comprometidos si se les pudieran atribuir sin límites atribuciones no jurisdiccionales.

Así pues, la naturaleza de la función conlleva la necesidad de que las personas a las que se atribuye tengan un estatuto propio, distinto del estatuto general de los funcionarios. Y la justifica hasta el extremo de que puede decirse que sin ese estatuto propio no debe ejercerse jurisdicción. Esta afirmación se deriva de la propia Constitución, pues con arreglo a ella la Jurisdicción sólo puede ser ejercitada por personas (titulares de órganos) que se ajusten a unos determinados requisitos.

Conforme al artículo 122.1 de la CE, el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera será el determinado por la LOPJ¹⁵⁴. Por la función jurisdiccional que desarrollan los Jueces y Tribunales es por lo que los mismos gozan de un estatuto especial, que intenta asegurar la independencia de su actuación (como veremos más adelante). Como dice DIEZ-PICAZO GIMENEZ¹⁵⁵, “los jueces y magistrados no son unos servidores públicos cualesquiera” por cuanto que cuando ejercen jurisdicción son titulares de un poder del Estado como es el poder judicial, y esto hace que el régimen jurídico de los mismos “tenga y deba tener en cualquier Estado de Derecho importantes diferencias respecto del de otras personas que son titulares de poderes públicos o que prestan servicios públicos”, básicamente para que la actividad de los jueces sea jurisdiccional, han de ser independientes.

El estatuto de Jueces y Magistrados pretende garantizar no sólo la independencia sino también la imparcialidad en el desempeño de su función. De ahí se afirma que la diferenciación orgánica y la asignación de potestades propias de nada serviría si la división de poderes pudiera ser burlada mediante la interpenetración de los Poderes del Estado a través de la compartición del personal que integra los órganos jurisdiccionales o se halla a su servicio. En éste terreno la incompatibilidad y las inelegibilidades conservan toda su fuerza. Dicha exigencia viene particularmente reforzada en el caso del Poder Judicial precisamente porque su potestad central es la jurisdiccional, y ésta, como sabemos exige que el Juez sea un tercero, cosa imposible de lograr si no es fijando un estatuto del personal de aquél que excluya o radique cualquier clase de interpenetración¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Art. 122.1 CE “La Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único y del personal al servicio de la Administración de Justicia.”

¹⁵⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal. Introducción*. Op. Cit. Pág. 176.

¹⁵⁶ MARTINEZ SOSPEDRA, M., *Jueces, Consejo y Poder Judicial, Sobre la inadecuación del modelo Juez-funcionario a las exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho...*, Op. Cit. pág. 12605.

2.5. Alcance del estatuto jurídico de jueces y magistrados.

Hemos visto hasta aquí el porqué de un estatuto de Jueces y magistrados, pero ¿qué es un estatuto?, el concepto “estatuto jurídico” suele poseer dos acepciones, una general por la que se hace referencia a la caracterización jurídica de un determinado ente, órgano o instituto (por ejemplo estatuto jurídico de la Corona) y una más particular o específica que hace referencia a la posición que, dentro de determinados entes u órganos, ostentan sus miembros o sus titulares personales (estatuto de los diputados o, estatuto de jueces y magistrados) para diferenciarlos de aquellos otros con los que comparten determinadas características pero respecto de quienes les separaban importantes diferencias. Se quiere de esta manera, resaltar su especial configuración jurídica en relación con otros sujetos.

En nuestro caso, y en este trabajo, siendo los jueces y magistrados funcionarios públicos, pretendemos estudiar su posición no sólo en referencia a su condición de funcionarios, y sino también especificar los rasgos que determinan su posición personal dentro del marco general del poder judicial. En definitiva, entendemos por Estatuto de Jueces y magistrados las condiciones jurídicas normativas que regulan sus derechos y obligaciones respecto de su acceso al cargo de juez, del ejercicio de sus funciones y de su encuadramiento como elemento personal de la organización general de la judicatura, incluyendo, como es obvio, los supuestos de cese en el cargo y sus consecuencias.

Por otro lado hemos de convenir con DIEZ-PICAZO¹⁵⁷, que el estatuto del juez se encuentra diseñado siquiera sea de forma embrionaria en el texto constitucional, pues podemos decir que la Constitución recoge una suerte de elementos que lo prefiguran en línea de continuidad con la tradición en el proceso de formación de nuestro sistema judicial, afirmación esta que podemos confirmar si se examinan todas aquellas previsiones constitucionales que, directa o indirectamente tienen que ver con el acceso a la carrera judicial.

Hay autores como MONTERO AROCA¹⁵⁸ que al abordar el estatuto orgánico de jueces y magistrados, distingue entre garantía formal que es la que atiende a la calidad de la norma reguladora del propio estatuto y garantías materiales que son las que afectan al personal jurisdiccional español.

El estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados es una materia que el art. 122.1 CE declara reserva de ley orgánica, y se subraya que ha de ser la LOPJ¹⁵⁹, de lo que podemos extraer dos conclusiones¹⁶⁰. En primer lugar señalar que a las Comunidades

¹⁵⁷ DIEZ-PICAZO, L.M., “*Régimen constitucional del Poder Judicial*”, Op. Cit. págs. 95-96.

¹⁵⁸ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Op. Cit. Valencia 2003, pág. 103.

¹⁵⁹ Vid MONTERO AROCA, J., *Autonomía del Poder Judicial e independencia del Juez*, en “Libro homenaje a Gabaldón López”, Madrid, 1990, pág. 207.

¹⁶⁰ Nuestro texto constitucional hace esta reserva a ley Orgánica, y nada dice a diferencia de otros textos precedentes (como la Constitución de 1869) o comparados (como es el supuesto del art. 106 de la Constitución Italiana que prevé el acceso por concurso), respecto al modo y manera de acceder a la carrera judicial. De lo que no ha de caber duda alguna es que es de plena aplicación el art. 23.2 CE y por lo tanto el acceso a la Carrera Judicial se deberá realizar en condiciones de igualdad en los términos que determine la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Autónomas les está prohibido legislar sobre dicho estatuto, y no sólo por lo dispuesto en el art. 122.1 CE sino también por lo recogido en el art. 149.1.5º CE, habida cuenta que el referido estatuto pertenece al núcleo duro de la “Administración de Justicia”: y, en segundo lugar, que tampoco el Estado Central puede actuar en esta materia por otro mecanismo que no sea la reforma de la LOPJ, pues como dice GONZALEZ GRANDA “el estatuto de los Jueces no puede estar sometido a la potestad reglamentaria del Gobierno”¹⁶¹. Así opera esta doble reserva, que encuentra su razón de ser en que el Juez que recoge nuestra Constitución ha de ser “independiente y sometido al imperio de la ley” (art. 117.1 CE), y el estatuto de Jueces y Magistrados pretende garantizar esta independencia judicial y un nivel técnico de conocimientos en Derecho suficiente para asegurar la imparcial aplicación del derecho.

No obstante lo dicho podemos observar un incumplimiento de esta conclusión, puesto que por ejemplo el art. 389.5º de la LOPJ señala que el cargo de juez o magistrado es incompatible “*Con todo empleo, cargo o profesión retribuida, salvo la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y las publicaciones derivadas de aquella de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas*”, y como podemos observar esta remisión lo es a la Ley 53/1984 de 26 de diciembre y a la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto básico del empleado público, ambas leyes ordinarias, de modo que el legislador puede cambiar el contenido de la misma e indirectamente estará cambiando un aspecto del estatuto orgánico de jueces y magistrados, y por lo tanto podríamos entender esta remisión de inconstitucional.

Por otro lado hemos de señalar que no cabe la regulación del estatuto de jueces y magistrados en normas reglamentarias, puesto que la independencia se vería muy afectada si el titular de la potestad reglamentaria pudiera incidir o matizar el contenido del estatuto¹⁶². Esto lo hemos de entender matizado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su Sentencia 108/1986 de 29 de julio (RTC 108/1986), puesto que a la luz de la misma y en nuestra opinión hemos de entender que no es posible la existencia de reglamentos independientes, habida cuenta de que existe la LOPJ y por otro lado tampoco reglamentos ejecutivos, puesto que dicha Ley Orgánica no puede entenderse como una enumeración de los principios básicos del estatuto, dejando a un supuesto titular de la potestad reglamentaria el desarrollo del mismo adecuándolo a la realidad, puesto que esto significaría abrir la puerta a los ataques a la independencia.

Asimismo como dice MONTERO AROCA¹⁶³, “ni siquiera caben reglamentos normativos, pues el juez no debe estar en situación pasiva frente a la supremacía de nadie y lógicamente no es lo mismo organizar el Ministerio de Justicia o el Consejo

¹⁶¹ GONZALEZ GRANDA, P., *Independencia del Juez y control de su actividad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1993, pág. 33.

¹⁶² Es de interés en este tema analizar la desvirtuación de lo dispuesto en la LOPJ de 1870 por obra de la regulación Reglamentaria, vid PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, *El autogobierno de la magistratura*, R.D.Proc. Ib., 1970, pág. 279, y para la situación de finales del Siglo XIX y principios del siglo XX, vid DRANGUET, *Responsabilidad e independencia del Poder Judicial*, Madrid, 1930. pág. 22 y siguientes.

¹⁶³ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Op. Cit. pág.104.

General del Poder Judicial que establecer relaciones de supremacía especial con los jueces. La relación política del juez con el Estado debe venir regulada completamente por la ley orgánica; si aspectos del estatuto pueden ser regulados por norma distinta de la ley, el titular de esa potestad reglamentaria dispondrá de las garantías de la independencia”.

Pero como decíamos antes la jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha matizado lo anterior, en este sentido, la Disposición Adicional 1ª.2 de la LOPJ que decía que “*el Gobierno aprobará los reglamentos que exija el desarrollo de la presente Ley Orgánica*”, fue impugnada de inconstitucionalidad, y el Tribunal Constitucional en la STC 108/1986 decía que el status de jueces y magistrados ha de venir determinado por ley y precisamente por la LOPJ, pero “*ello no supone necesariamente que no quepa en términos absolutos ningún tipo de regulación infralegal que afecte a ese status, pues exigencias de orden práctico pueden imponer que regulaciones de carácter secundario y auxiliar puedan ser dispuestas por vía reglamentaria. En todo caso tal tipo de disposiciones no pueden incidir en el conjunto de derechos y deberes que configuran el estatuto de los jueces y sí sólo regular condiciones accesorias para su ejercicio*”¹⁶⁴ (STC 108/1986 F.Jco nº 26).

La disposición Adicional 1ª.2 de la LOPJ que fue modificada por la LO 16/1994 de 8 de noviembre, señala actualmente que “*el Gobierno, o, en su caso las comunidades autónomas con competencias en la materia, aprobarán los reglamentos que exija el desarrollo de la presente Ley Orgánica, salvo cuando la competencia para ello corresponda al Consejo General del Poder Judicial a tenor de lo que dispone el artículo 110 cuando afecten a condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes de los jueces y magistrados, estarán sujetos a los mismos límites y condiciones establecidos para el Consejo General del Poder Judicial*”.

En opinión de DIEZ-PICAZO GIMENEZ¹⁶⁵, atendiendo a lo que dispone el art. 110 de la LOPJ y la Disposición Adicional 1ª.2, por un lado no queda claro en qué casos la potestad reglamentaria para regular cuestiones accesorias al estatuto judicial corresponde al CGPJ y en qué casos corresponde al Gobierno o a las Comunidades Autónomas, y por otro lado considera este autor que a pesar de que la LOPJ sea reiterativa en las cautelas acerca de lo que cabe regular por reglamento (utilizando los términos de accesorio, secundario, auxiliar, sin innovar, sin alterar), lo cierto es que abre la puerta a que el estatuto judicial sea regulado reglamentariamente, lo cual constituye un serio riesgo para la independencia judicial.

El estatuto de los Jueces y Magistrados es aplicable al personal jurisdiccional, entendiendo por tal personal, los Jueces y Magistrados “de carrera”, si bien dicho estatuto también es aplicable con las especialidades correspondientes a los Jueces de Paz y sus sustitutos, a los jueces sustitutos y a los Magistrados suplentes, quienes, sin ser de carrera son inamovibles durante y su mandato y realizan provisionalmente

¹⁶⁴ Aunque el Tribunal Constitucional nada dice al respecto, esa potestad reglamentaria no debe corresponder al Gobierno sino al Consejo General del Poder Judicial; y así este ha dictado el Reglamento 1/1995 de 7 de junio, de la carrera judicial, al amparo de la Disp. Adic. 1ª.2 modificada por la LO 16/1994 de 8 de noviembre.

¹⁶⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal. Introducción*. 3ª Edición. Op cit. Pág. 183.

funciones jurisdiccionales (art. 298.2 LOPJ)¹⁶⁶. Señala DIEZ-PICAZO GIMENEZ, que “la conveniencia de que exista una carrera judicial no es puesta en tela de juicio en nuestro país. Todo lo más se ha discutido en los últimos años acerca de si son convenientes sistemas de ingreso en la misma distintos de la clásica oposición, como los que prevé la LOPJ, o qué amplitud debería darse a esos otros modos de ingreso en la Carrera judicial”¹⁶⁷.

Como nos recuerda GIMENO SENDRA¹⁶⁸, el art. 122.1 CE, al disponer que los Jueces y Magistrados “formarán un Cuerpo único” vino a desterrar como una garantía más de la independencia judicial, el modelo “bonapartista” de promoción de los Jueces por el Poder Ejecutivo¹⁶⁹. Por ello el constituyente siguiendo el modelo de justicia que propugnó BECEÑA,¹⁷⁰ impuso la exigencia del Cuerpo único de los Jueces y Magistrados. Ahora bien, esto no es óbice para que el legislador dentro de la carrera judicial pueda establecer categorías, que sin que afecten a la independencia judicial, y de conformidad con los principios constitucionales de capacidad y mérito (art. 23.2 CE) estimulen la productividad y profesionalidad de nuestra Magistratura. Es por ello que el art. 299.1 LOPJ divide la carrera judicial en tres categorías; la de Juez, Magistrado y la de Magistrado del Tribunal Supremo, estableciéndose con respecto a esta última un estatuto específico dirigido a reforzar la independencia y competencia profesional de los Magistrados que integran este alto tribunal.

Por último también ejercen funciones jurisdiccionales sin pertenecer a la Carrera Judicial, con sujeción al régimen establecido en esta Ley, sin carácter de profesionalidad y con inamovilidad temporal, los Magistrados suplentes, los que sirven plazas de Jueces como sustitutos, los Jueces de Paz y sus sustitutos (Art. 298.2 LOPJ). La inamovilidad temporal que se otorga a los jueces sustitutos en tanto que sirven o están adscritos a una concreta plaza, según el art. 298.2 de la LOPJ y que se ejerce jurisdiccionalmente con la misma amplitud que si fuese titular (durante la adscripción) art. 212.2 de esa misma Ley –y dentro de los límites del llamamiento o adscripción, con los mismos derechos y deberes que sus titulares- art. 130.1 del Reglamento de la Carrera Judicial, 1/1995 de 7 de junio), ha de entenderse comprensiva de la doctrinalmente denominada inamovilidad relativa o derecho a permanecer en el destino o plaza en que se está adscrito, en tanto

¹⁶⁶ Art. 298.2 LOPJ señala que “También ejercen funciones jurisdiccionales sin pertenecer a la Carrera Judicial, con sujeción al régimen establecido en esta Ley, sin carácter de profesionalidad y con inamovilidad temporal, los magistrados suplentes, los que sirven plazas de jueces como sustitutos, los jueces de paz y sus sustitutos.”

¹⁶⁷ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal. Introducción*. 3ª Edición. Op. Cit. Pág. 177.

¹⁶⁸ GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Op. Cit. Pág. 194.

¹⁶⁹ Hemos de recordar que con anterioridad a la LOPJ, existían en España dos Cuerpos de Jueces, los de Distrito y los de Primera Instancia, y dentro de este último, dos categorías, la de Juez y la de Magistrado, accediéndose a esta última por antigüedad. Pero, a partir de ahí, subsistían una infinidad de cargos (Presidentes de Sección, de Sala, de Audiencia Provincial y Territorial, etc.), que requerían la obtención por el aspirante de una “declaración de especial idoneidad” que arbitrariamente expedía el Ministerio de Justicia y su nombramiento para el cargo de confianza por el Gobierno, de tal suerte que, en aquella época, el Juez independiente se reducía a la figura del Juez “héroe”, quien, si se resistía a las presiones del Poder Ejecutivo, no alcanzaba nunca el ascenso.

¹⁷⁰ BECEÑA, F., *Magistratura y Justicia*, Madrid 1928.

que no se dan las causas de cese legalmente previstas para los jueces sustitutos, entre las que no se encuentra la imposibilidad de desempeño del cargo por razón de enfermedad (STS Ca 09-02-01, RJ 2001\1568).¹⁷¹

¹⁷¹ Vid. Sobre situación estatutaria de jueces y magistrados, regulación legal y reglamentaria del estatuto jurídico STC de 29/07/1986 (RTC 1986\60), 29/03/1990 (RTC 1990\59) y 30/03/1990 (RTC 1990\62), y también la STS Ca de 01/12/1995 (RJ 1995\9935) Estatuto de Jueces y Magistrados.

3. PRINCIPIOS Y MARCO NORMATIVO PARA EL ESTATUTO DE JUECES Y MAGISTRADOS.

3.1. Principios de referencia.

Podemos decir¹⁷², que la administración judicial se configura sobre la base de una serie de principios garantistas que conforman la arquitectura de dicha administración, y que tienen su apoyo normativo tanto en nuestra Constitución como posteriormente en la LOPJ. De esta forma podríamos destacar los siguientes principios;

- El Estado de Derecho asume como uno de sus valores esenciales el principio de separación de poderes, que ha de conllevar el reconocimiento del Poder Judicial como Poder independiente sometido al imperio de la Ley y del Derecho (arts. 1.1, 9.1, 9.3, 106, 117 y 122 CE; arts. 1, 2, 7, 8, 13, 14, 15, 16, 104 y ss. LOPJ).
- El Poder Judicial se haya sometido al imperio de la Ley y al Derecho, de tal manera que la Ley se convierte en la garantía última de su independencia judicial, a la que va indefectiblemente unida (arts. 1.1, 9.1, 9.3, 106, 117.1 y 2 de la CE; arts. 1, 6, 8, 12.3 de la LOPJ). Esta vinculación al imperio de la ley tiene su formulación en un sentido positivo en la atribución de potestades y de competencias a los órganos administrativos del Poder Judicial.
- Por otro lado la independencia judicial es un principio garantista que se constituye como uno de los fundamentos esenciales del Estado de Derecho y del imperio de la ley. De esta forma el Juez actúa con la independencia desde la autonomía que la da la propia Ley respecto y frente a los demás poderes (art. 117 de la CE, y arts. 1, 12, 13, 14, 15, 104, 378 y ss, 402 y ss, 417.4 etc de la LOPJ). Asimismo la independencia también implica otra serie de garantías como la inamovilidad, las prohibiciones y las incompatibilidades.
- El autogobierno de la Magistratura, que consiste en la creación de un órgano autónomo y no dependiente de los demás poderes públicos que tiene como finalidad esencial garantizar la independencia del Poder Judicial en su función jurisdiccional (art. 117 y 122 de la CE y arts. 104 y ss de la LOPJ).
- La reserva de Ley Orgánica respecto del contenido normativo al que se refiere el artículo 122.1 de la CE: “La Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y tribunales, así como el estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera, que formarán un cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia”. Esta reserva legal, a pesar de ser una garantía, esta sujeta a problemas interpretativos sobre el alcance que se ha de dar a los conceptos jurídicos indeterminados empleados por el Constituyente.

¹⁷² BORREGO LÓPEZ, J. “La administración del Poder Judicial”, Poder Judicial nº 39, 1995, págs. 28 y ss.

- El principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5 de la CE, y arts. 3 y 104 de la LOPJ), conforme al cual la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en la misma.
- El principio de exclusividad del Poder Judicial (art. 117.3 y 4 de la CE, y art. 2 de la LOPJ), que significa que en un Estado de Derecho, tan sólo a los Jueces y Tribunales, les corresponde la función, y sólo ésta, de definir el alcance del Derecho de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, salvo aquellos que se le atribuyan en garantía de cualquier derecho.

Hemos de recordar que la LOPJ aprobada en 1985 y conforme a las previsiones constitucionales (arts. 122 y 152.1, párrafo segundo in fine CE), vino a sustituir a la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, objeto también de innumerables modificaciones. La LOPJ que también ha experimentado importantes reformas como las de 1994, 2001 y 2003, derogó la LO 1/1980 de 10 de enero del Consejo General del Poder Judicial, por lo que a partir de 1985, regula las funciones y estructura de dicho Consejo.

3.2. Potestad reglamentaria.

Ya hicimos con anterioridad algunas referencias a la potestad reglamentaria¹⁷³, no obstante es conveniente volver sobre la misma para señalar que entre las competencias propias del CGPJ se encuentra la atribución de una auténtica potestad reglamentaria (art. 107.9 de la LOPJ), que se ejercitará en los términos que señala el art. 110 de dicho texto legal, apartado primero, “el Consejo General del Poder Judicial podrá dictar reglamentos sobre su personal, organización y funcionamiento en el marco de la legislación sobre la función pública”, y en su segundo apartado dice que “El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de su competencia y con subordinación a las leyes, podrá dictar reglamentos de desarrollo de esta ley para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar”. Continúa diciendo que “estos reglamentos podrán regular condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial sin innovar aquellos ni alterar éste en su conjunto”. Y seguidamente señala que “podrán aprobarse en los casos en que sean necesarios para la ejecución o aplicación de esta ley en aquellos en que así se prevea en esta u otra ley y especialmente en las materias que determina.

Quizás es conveniente recordar en este momento lo que ya dijo el TC en su sentencia 108/1986 de 29 de julio, fundamento jurídico séptimo, señalando que de la lectura del art. 122.2 CE se desprende que “las funciones que obligadamente ha de asumir el Consejo son aquellas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir sobre los tribunales: de un lado, el posible favorecimiento de algunos Jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección y la imposición de sanciones. La finalidad del Consejo

¹⁷³ En lo que se refiere a la potestad reglamentaria en el Estatuto de Jueces y Magistrados, y en la doctrina acerca de la distribución de competencias en materia de Administración de Justicia Vid. Las SSTC 108/1986 de 29 de julio (RTC 1986/108), 56/1990 de 29 de Marzo (RTC 56/1990) y 62/1990 de 30 de marzo (RTC 62/1990) y 105/2000 de 13 de abril (RTC 2000/105).

es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado”¹⁷⁴.

Por otro lado los mencionados reglamentos habrán de ser aprobados por el Pleno del CGPJ por mayoría de tres quintos de sus miembros autorizados por su Presidente, se publicarán en el BOE (Art. 110.4 LOPJ).

Esta atribución supone el reconocimiento de una potestad normativa de rango inferior a la ley, que por excelencia corresponde al Gobierno y a la Administración pública (art. 97 de la CE). Dicha actividad normativa secundaria está atribuida al Consejo por razón de ser el órgano superior de gobierno del Poder Judicial, como garantía de su autonomía institucional y como instrumento básico para la realización de sus funciones constitucionales e institucionales.

La potestad reglamentaria externa del Consejo encontró un primer problema interpretativo con la problemática de la reserva reglamentaria que se atribuye al Gobierno para el desarrollo de la presente Ley Orgánica por la disposición adicional primera, apartado segundo, que fue declarada constitucional por el Tribunal constitucional en Sentencia 105/2000 de 13 de abril¹⁷⁵, que tiene su punto de confrontación más relevante en el desarrollo reglamentario del estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados¹⁷⁶.

En definitiva podemos decir que el CGPJ tiene reconocida una potestad reglamentaria externa sobre las materias que se detallan en el art. 110.2 de la LOPJ, recogiendo en los apartados 3 y 4 de dicho precepto los requisitos para el ejercicio de la tan referida potestad, junto a lo dispuesto en art. 139.2 también de la LOPJ¹⁷⁷. Asimismo se mantiene con respecto al Gobierno la facultad que se le atribuía por la Disposición Adicional primera número 2 de la LOPJ¹⁷⁸, de este modo serían materias

¹⁷⁴ Vid. también STC 105/2000 de 13 de abril. Fundamento Jurídico 4.

¹⁷⁵ La STC (Pleno) 105/2000 de 13 de abril, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad, declara la constitucionalidad de la redacción siempre que “a) El inciso primero del apartado segundo de la Disposición adicional primera no es inconstitucional entendido en el sentido de que, salvadas las competencias atribuidas al CGPJ por el art. 110 LOPJ, las Comunidades Autónomas podrán dictar reglamentos en el ámbito de la LOPJ sobre aquellas materias respecto de las cuales la propia LOPJ y las cláusulas subrogatorias de los Estatutos de Autonomía, u otros títulos constitucionalmente válidos, les atribuyan competencia y siempre dentro de los límites establecidos al efecto por las indicadas normas de cobertura. b) El inciso segundo del apartado segundo de la Disposición adicional primera no es inconstitucional entendido en el sentido de que la expresión “cuando afecten a condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes de los Jueces y Magistrados” en ningún caso habilita a las Comunidades Autónomas para regular las condiciones accesorias del Estatuto judicial” (Fundamento Jurídico Décimo).

¹⁷⁶ Pues en el resto de las materias, como por ejemplo el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia, la competencia corresponde sin duda alguna al Gobierno.

¹⁷⁷ Dicho art. 139.2 de la LOPJ señala que “Los reglamentos aprobados por el Consejo General del Poder Judicial se publicarán en la forma prevista en el art. 110.4 de la Ley”.

¹⁷⁸ La disposición Adicional Primera, apartado 2, de la LOPJ señala expresamente que “el Gobierno o, en su caso, las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, aprobarán los reglamentos que exija el desarrollo de la presente Ley Orgánica, salvo cuando la competencia para ello corresponda al Consejo General del Poder Judicial a tenor de lo que dispone el art. 110. Cuando afecten a condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes de los Jueces y Magistrados estarán sujetos a los

propias del Gobierno las expresamente delimitadas como tal por la LOPJ y las que afecten al régimen estatutario del resto del personal de la Administración de Justicia.

De acuerdo con el preámbulo del Acuerdo reglamentario de 7 de junio de 1995, del Pleno del CGPJ la potestad reglamentaria externa del CGPJ tras la reforma operada en la LOPJ por vía de la LO 16/1994, se ha adecuado a la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 108/1986 de 29 de julio. Además, según el preámbulo, el actual artículo 110.2 habilita al órgano de Gobierno del Poder Judicial para dictar Reglamentos de desarrollo de la Ley en los casos que se contengan regulaciones de carácter secundario o auxiliar respecto de la Ley Orgánica o se disciplinen aspectos accesorios del Estatuto Judicial; conteniendo además dicho precepto una relación no exhaustiva de las materias a que deben extenderse las nuevas atribuciones normativas del Consejo.

El Tribunal Constitucional había declarado en STC 108/86 que “el status” de los jueces y magistrados, es decir, el conjunto de derechos y deberes de los que son titulares como tales jueces y magistrados, ha de venir determinado por ley y más precisamente por Ley Orgánica (art. 122.1 CE). Ello no supone necesariamente que no quepa en términos absolutos ningún tipo de regulación infralegal que afecte a este “status”. Exigencias de carácter práctico pueden imponer qué regulaciones de carácter secundario y auxiliar puedan ser dispuestas por vía reglamentaria. Con base en ello la STC de 13 de abril de 2000 declara que “ni el Gobierno de la nación ni las CCAA pueden dictar reglamentos sobre el estatuto jurídico de Jueces y magistrados, ni sobre sus condiciones accesorias, porque el único habilitado para ello es el CGPJ... Ahora bien, si los reglamentos dictados por el Gobierno o las CCAA no pueden regular las condiciones accesorias del estatuto judicial, no cabe descartar que al regular, legítimamente y sin excesos materias de su competencia puedan afectar indirecta o reflejamente, no al núcleo de derechos y deberes que conforman el estatuto judicial, reservado a la LO ex art. 122 CE, sino a determinadas condiciones accesorias para el ejercicio de los indicados derechos y deberes. La expresión “afectar” a una materia no se identifica con regular la misma. Por tanto, las CCAA no pueden “regular” las condiciones accesorias del estatuto judicial.

En definitiva, como hemos puesto de manifiesto la Disposición Adicional Primera de la LOPJ recibió una nueva redacción por LO 16/1994, la cual atribuyó a las comunidades autónomas competencia para aprobar reglamentos que exija el desarrollo de la LOPJ, salvo cuando la competencia para ello corresponda al CGPJ a tenor de lo que dispone el art. 110. Esta habilitación había sido admitida por el Tribunal Constitucional, tanto respecto de las disposiciones reglamentarias que exija el desarrollo de la propia LOPJ (STC 108/86) como, en general, respecto de las materias constitucionalmente reservadas a la Ley Orgánica por las SSTC 77/85 (RTC 1985\77) y 101/91 (RTC 1991\101).

mismos límites y condiciones establecidos para el Consejo General del Poder Judicial”. Cfr. Con la STC 105/2000 de 13 de abril (RTC 2000\105).

4. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL.

4.1. Independencia, poder y función judicial.

Como se ha señalado¹⁷⁹, “los conceptos de independencia, poder y función judicial, aunque responden a perspectivas distintas, se mezclan”. Ahora bien, si existe alguna referencia mítico-trascendente a la condición de juez esa es, sin duda, la de su independencia. En la abundante literatura que glosa la figura y la función de los jueces no hay ni una sola obra que no hable de manera directa o indirecta de su suprema condición: la independencia.

Al hablar de la independencia, entre otros, se ha hablado de sus aspectos objetivos y subjetivos¹⁸⁰; de la independencia como principio político¹⁸¹ y como principio jurídico¹⁸²; de la independencia conceptual o formal y real o efectiva¹⁸³; y de la visión “individual” y “colectiva” de la independencia,¹⁸⁴ incluso se ha calificado a la independencia como mito¹⁸⁵. Ahora bien siempre es obligado citar a Montesquieu y

¹⁷⁹ ALMAGRO NOSETE, J. *Derecho Procesal Tomo I. Parte General Proceso Civil*, Volumen Primero, Madrid, Ed. Trivium, 1995, pág. 120.

¹⁸⁰ PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, *Derecho de Tribunales (Organización, funcionamiento y gobierno)*, Pamplona, 1986, pág. 270, para este autor la independencia “objetiva” supone la sola sumisión a la Ley no a ninguna influencia exterior, cuya garantía es la negación a los superiores jerárquicos de cualquier posibilidad de inmiscuirse en el ejercicio de la función (excepto cuando conozcan del mismo asunto por virtud de los recursos); y la independencia “subjetiva” que queda garantizada mediante la limitación de las facultades de los órganos de gobierno para alterar el estatuto de los Jueces en cuanto a ingreso y ascensos, y muy especialmente a través de la inamovilidad y de los medios de abstención y recusación (moral el primero y jurídico el segundo).

¹⁸¹ Vid LOPEZ AGUILAR, J.F. *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid 1996, pág. 113, Concretamente el autor señala que “La independencia del juez es, antes que ninguna otra cosa, una crucial opción política sellada en la Constitución”.

¹⁸² Vid. CASTAN TOBEÑAS, *Poder Judicial e Independencia Judicial*, Madrid, 1951 (Discurso pronunciado en la Apertura de Tribunales el día 15 de septiembre de 1951), pág. 8 y ss (como principio político) y pág. 41 y siguiente (como principio jurídico). También, entre otros, SOTO NIETO, *Compromiso de Justicia*, Madrid, 1977, pág. 139 y siguientes.

¹⁸³ Vid. REQUEJO PAGÉS, J.L., *Jurisdicción e independencia judicial*, Op. Cit., pág. 154, que señala que “formalmente, la independencia es la institución jurídica consistente en la ausencia de todo tipo de subordinación jurídica del Juez”: Por su parte DE OTTO Y PARDO, I. *Estudios sobre el Poder Judicial*, Op. Cit., pág. 58, dice que “formalmente la independencia consiste en la formulación de una norma jurídica que formula dicha ausencia de subordinación jurídica”.

¹⁸⁴ Vid GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid 1981, pág. 77-78.

¹⁸⁵ En concreto Alejandro NIETO, en la introducción de su obra *El Desgobierno del Poder Judicial*, Ed. Trotta, 2004, pág. 22, señala “...de la descripción se pasa, en una segunda parte, al análisis de los que son considerados como los pilares fundamentales del sistema judicial, o si se quiere, su superestructura ideológica –la independencia y la responsabilidad-, en donde se describe el secreto de Arlequín que todo el mundo conoce y del que nadie se atreve a hablar. Porque resulta que ninguna de las dos existen, ya que la primera es un mito, una leyenda, y la segunda una ficción, sin olvidar que la autonomía y el autogobierno imputado al Consejo General del Poder Judicial, son, pura y simplemente, una falsedad”.

recordar el tópicus del juez como “la bouche qui prononce les paroles de la loi”¹⁸⁶ y definir al poder judicial como un poder “en cierta forma nulo”¹⁸⁷, de ahí la neutralidad por ser un mero transmisor de la ley y de ahí la independencia como garantía de la neutralidad¹⁸⁸. Pero cuando se hace esto, habría que analizar si estas frases y referencias, encuadrándolas en su contexto querían decir algo muy distinto¹⁸⁹.

En la tradición liberal-democrática, la independencia de los jueces, más que una condición personal de sus sujetos, siempre se ha entendido como una condición estructural del ordenamiento: la idea de ley de legalidad ha llevado siempre ínsita la idea de objetividad, neutralidad e independencia en su aplicación porque, en su misma raíz, la ley era general y, por serlo, igual para todos, su aplicación al caso concreto (función de la jurisdicción) no debía, pues, apartarse de esos cánones porque la igualdad implica trato igual.

En estos momentos sin embargo, ni las leyes en su conjunto son generales ni el juez se limita a ser mero transmisor de su significado concreto: la ley, también en su

¹⁸⁶ MONTESQUIEU, L’Esprit des lois, XI, 6.

¹⁸⁷ La función jurisdiccional se concibe como una función de aplicación mecánica. Es por ello que se lleva al máximo el pensamiento de Montesquieu según el cual los jueces son “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las Leyes”. Recordemos que en la mentalidad revolucionaria se trataba en el fondo de un problema de soberanía. El Poder Judicial carecía de legitimación democrática. Entre tradición, “prejué” vinculado a los Tribunales, y representación, racionalmente sólo era posible optar por la segunda. Si los jueces pudieran interpretar, estarían creando Derecho, lo que es privativo de los representantes del pueblo.

Como dice MOSQUERA, L. en *La posición del Poder Judicial en la Constitución Española de 1978*, en la obra colectiva “La Constitución Española de 1978, Estudio Sistemático”, dirigida por los profesores Predieri y García de Enterría. Civitas, 1981, pág. 721: “Los revolucionarios franceses, ante los recuerdos de los abusos de los Parlamentos Judiciales del *ancien régime* y conscientes del papel político que el Poder Judicial podría desarrollar, resolvieron la cuestión de un modo bien expeditivo. Ante todo, sustrajeron a los Jueces el poder de interpretar las leyes”.

¹⁸⁸ En este sentido lo ha explicado perfectamente DIETER SIMON, cuando dice que la fórmula de vinculación a la ley cumple un doble cometido: Por un lado, define la independencia de la función del juez. Y por el otro protege el ciudadano contra el peligro de posibles actos arbitrarios por parte de los Tribunales independientes, dado que al constituir un Poder más puede también utilizarse con abuso. En consecuencia, y frente a las presiones directas de las partes o de cualesquiera instancias interesadas en el procedimiento, el instrumento adecuado para garantizar la imparcialidad es la independencia del Juez y la sumisión exclusiva a la ley. DIETER SIMON, *La independencia del Juez*, Ed. Ariel, Madrid 1985, pág. 7.

En el mismo sentido BERMUDEZ OCHOA, considera que la voluntad de la ley “se convierte en el único criterio a tener en cuenta en la función jurisdiccional. Esta subordinación a la norma es la que asegura la independencia necesaria, frente a poderes e instituciones en orden a garantizar la imparcialidad”, BERMUDEZ OCHOA, A., *Problemas Orgánicos y procesales de la llamada contaminación procesal. La Sentencia del TC 145/1988 de 12 de Julio*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, Abril 1994, pág. 56. Vid también FERNANDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P. “*El Juez Imparcial*”, Op. Cit. Ed. Comares, Granada 1997.

¹⁸⁹ Hemos de recordar que MONTESQUIEU de lo que hablaba era del Jurado y de los tribunales itinerantes, no del sistema judicial inglés. Lo que pretendía expresar Montesquieu, es que “el Poder judicial no ha de darse a un senado permanente, sino ser ejercicio por personas extraídas del seno del pueblo, en determinados tiempos del año, de la manera prescrita por la ley, para formar un tribunal que no dure más que el tiempo que requiera la necesidad. De esta forma, el poder judicial, tan terrible entre los hombres, al no estar ligado a un determinado estado ni a una determinada profesión, se convierte por así decirlo, en invisible y nulo”. MONTESQUIEU, L’Esprit des lois, XI, VI.

conjunto, se ha hecho particular, el ordenamiento se ha fraccionado en instancias múltiples y el juez se ha transformado en copartícipe creador (no sólo aplicador) de ese mismo ordenamiento. Por lo tanto, ha cambiado todo el marco en el que el Juzgador desarrollaba su función. Como dice FERNANDEZ ORDOÑEZ, “en la realidad práctica de los países modernos el Juez ya no es la boca que pronuncia las palabras de la ley, ni su función es invisible y muda como afirma Montesquieu.”¹⁹⁰

Con estas condiciones la independencia de los jueces ha cobrado un nuevo significado, de manera que se puede afirmar que la independencia ya no viene predeterminada solo por la naturaleza estructural normativa del acto jurisdiccional sino también y muy especialmente por el espacio funcional que el poder judicial ocupa en la dinámica general de las instituciones del Estado¹⁹¹. Y en tal sentido la independencia se amplía y a la vez se circunscribe tanto a la libertad de acción, como a las garantías de esa libertad.

Podríamos decir que por independencia se entienden, en principio, dos cosas; una primera de carácter negativo, hace referencia a la no subordinación jerárquica del juez en el ejercicio de su función jurisdiccional respecto de ningún otro órgano o sujeto y por virtud de la cual actúa sin más vinculo que el que se deriva de las previsiones legales (independencia orgánica); y una segunda de carácter positivo, por la que se alude a la especial posición del juez, consecuencia del mandato general del ordenamiento que prohíbe cualquier interferencia sobre su actuación jurisdiccional, dentro de la cual el juez actúa con plena libertad (independencia subjetiva y funcional). En este último sentido, independencia y libertad de acción se identifican: independencia como posición jurídica y garantías de la independencia forman un todo determinante del estatuto jurídico judicial. Sin duda como señala la doctrina, no hay que confundir las garantías de la institución con la institución garantizada, pero en el presente caso la institución (independencia) y sus garantías forman un todo desde la perspectiva de su régimen jurídico, al igual que el estatuto de los derechos necesariamente ha de contener sus garantías.

En opinión de TEROL BECERRA¹⁹², “la autonomía del juez para formar su criterio sobre la cuestión que se le somete a su consideración, consustancial a la función que desempeña, adquiere el carácter de un auténtico instrumento de garantía para el Estado de Derecho, pues si el juez no esta libre de toda influencia o presión exterior, no podrá administrar justicia con arreglo a lo dispuesto en las normas”. En el mismo sentido lo entiende LOEWENSTEIN, para quien “la independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les hayan sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de

¹⁹⁰ FERNANDEZ ORDOÑEZ, F., en la introducción a *La justicia en la década de los 80*, LINDE PANIAGUA, E. en Colección Temas Constitucionales, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Madrid, 1981, pág. 17.

¹⁹¹ LOPEZ AGUILAR, J.F. *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Op. Cit., pág. 114, concluye que “la independencia es un principio garancial de proyección funcional, que tiende a proteger al juez (instructor/enjuiciador) en orden a preservar su imparcialidad en el curso de su actuación jurisdiccional. Del modo que sucede con la inmunidad parlamentaria, la independencia del juez es una prerrogativa eminentemente funcional. Recubre –insisto de nuevo- no tanto a la persona cuanto a la función. Y ello en el proceso, en el acto de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE)”.

¹⁹² TEROL BECERRA, M. J. *El Consejo General del Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1990, pág. 46.

interferencia de cualquier otro detentador del poder, constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático constitucional de derecho”¹⁹³. Y asimismo podemos anotar la opinión de BACHOF, quien reflexionando sobre el importante papel que corresponde al juez constitucional, entiende que se puede extender a cualquier clase de juez, de tal manera que la tarea del mismo no debe estar empañada por compromiso de tipo alguno¹⁹⁴.

Dice ALMAGRO NOSETE¹⁹⁵, que independencia “es cualidad que se predica de quien o de lo que es independiente, es decir de aquella situación del individuo o estado que goza de libertad y autonomía, de aquella situación que excluye la sumisión a otra autoridad”, cumpliendo en su opinión una función de medio a fin puesto que sirve para asegurar la imparcialidad de la decisión. Señala este autor que los conceptos de independencia, poder y función judicial, de los que se ha escrito muchísimo¹⁹⁶, se mezclan, aunque responden a acotaciones distintas. En concreto de la independencia del poder judicial se ocupa APARICIO¹⁹⁷, destacando que es una de las banderas del liberalismo, “o dicho en otros términos que la jurisdicción debe ser poder y que este poder debe ser independiente”. Por su parte RUBIO¹⁹⁸ dice que “si hay un órgano del Estado a quién está atribuida la función de juzgar, han de ser respetadas su autonomía y su independencia en el ejercicio de su función propia, sin ningún género de mediatizaciones como cosas esenciales a su naturaleza, ya que juzgar sin independencia no es verdaderamente juzgar, ni así podría ser el Poder judicial supremo árbitro y custodio del Derecho para garantía de todos”.

Por otro lado ALMAGRO opina que cuando se habla de independencia de los jueces, de independencia judicial o de independencia del Poder Judicial se está hablando de una misma cosa, aunque se considere con matices diferenciados, y en este sentido se alinea con lo manifestado por MARTINEZ-CALCERRADA¹⁹⁹ que concibe “la independencia judicial como la plena inmunidad del Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo, en todas sus manifestaciones, tanto las regladas como las que son producto

¹⁹³ LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*, (traducción. A. Gallego Anabitarte), Barcelona, Ed. Ariel, 1970 (2ª Edición), Op. Cit. pág. 294.

¹⁹⁴ BACHOF, O. *Jueces y Constitución* (trad. Rodrigo Bercovitz y Rodríguez-Cano), Madrid, Ed. Civitas, 1985. página 54.

¹⁹⁵ ALMAGRO NOSETE, op. cit. *El Poder Judicial*, en el Libro “Problemas actuales de la Justicia”, en homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1988. pág. 37

¹⁹⁶ Vid. a modo de ejemplo PEDRAZ PEÑALVA en “*Reflexiones sobre el Poder Judicial y el PLOPJ*”, La Ley, 2-1985, págs. 1119 y ss, quién desde el aparato conceptual históricamente elaborado se ocupa de las diversas connotaciones de conceptos tan debatidos como “El Poder Judicial”, “potestad jurisdiccional”, “función jurisdiccional”, “competencia”, etc. Asimismo, y entre otros tenemos también a I. DE OTTO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Op. Cit. Pág. 58 y ss. Madrid 1989; REQUEJO PAGÉS J.L. *Jurisdicción e Independencia Judicial*, Op. Cit. Pág. 154 y ss. Madrid 1989; DIEZ-PICAZO L.M. *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Op. Cit. Pág. 117 y ss. Madrid 1991, etcétera.

¹⁹⁷ Cfr. APARICIO en el prólogo a la edición en castellano a la obra de Dieter Simon “*La independencia del Juez*”, Barcelona 1985, pág. X.

¹⁹⁸ RUBIO, R., *La Inspección de Tribunales*, Op. Cit. pág. 76.

¹⁹⁹ MARTINEZ-CALCERRADA, “*Independencia del Poder Judicial*”, Op. Cit. Pág. 35.

del conocido fenómeno de su incesante expresión rebasando ámbitos de juricidad antes marginados de su órbita funcional; es, según Castán acogiendo la frase de Ensor: que los miembros de la Magistratura estén fuera del alcance de la influencia del Gobierno, de los partidos políticos y de otros poderes de hecho que puedan ejercerse a través del Gobierno”.

Por otro lado para DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ²⁰⁰, “la independencia judicial no es sólo una pieza básica del Estado de Derecho para el correcto funcionamiento técnico-jurídico de éste, sino que también lo es desde el punto de vista de su legitimación política, indispensable para la supervivencia de dicha forma de Estado”. Para este autor la independencia puede ser concebida como valor y como garantía. Como valor, venía la independencia judicial a significar que el Juez, en el ejercicio de la función que tiene encomendada constitucionalmente, ha de estar sometido únicamente al vigente sistema de fuentes del derecho. Como garantía la independencia judicial es concebida como un conjunto de mecanismos jurídicos tendentes a la salvaguardia y realización del mencionado valor (aunque este también está protegido a través de otros principios que, en rigor, son diferentes de la independencia judicial como son la división de poderes, Juez natural, la imparcialidad, exclusividad, etcétera).

Por último, recordemos, que superada ya otras concepciones²⁰¹, el juez no se encuentra separado de la sociedad, y como decía BERGALLI, “...la independencia del poder judicial tiene que ser entendida como independencia frente a los otros poderes del Estado y a los centros de decisión de la propia organización judicial, pero no como separación de la sociedad civil ni como cuerpo separado de toda forma de control democrático y popular”²⁰², y este elemento es clave para la comprensión de la independencia del Juez, del Poder y de la función judicial.

4.2. Distinción de la independencia judicial de la imparcialidad objetiva del juez.

²⁰⁰ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sobre la independencia judicial: notas de derecho comparado*, (En la obra colectiva “La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez”, Compilador Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo), Ed. Civitas, Madrid 1993, págs. 161-177.

²⁰¹ Entendemos que ya hace tiempo se ha superado un estereotipo de los jueces “...aislados tradicionalmente en una vida separada de la sociedad, con su traje negro de ceremonia...”, que ya en su día elogió el Diputado constituyente FRAGA IRIBARNE en el Pleno del Congreso, que debatió el Proyecto de Constitución en la sesión del 13 de julio de 1978. (Diario de Sesiones del Congreso, núm. 109, pág. 4259). Cfr. por RODRIGUEZ AGUILERA, C. “*El Poder Judicial en la Constitución*”, Barcelona 1980, pág. 97.

En el mismo sentido del estereotipo del juez se puede ver a CARDOZO, Benjamín, “*La naturaleza de la función judicial*”, Buenos Aires, 1955, pág. 9, el cual señalaba que “Su señoría, el oráculo” estaba llamado a permanecer “...como puro “técnico”, especialista y sacerdote de una justicia que debe mantenerse lejana, en una separada y superior “objetividad” de las tensiones políticas y los conflictos de intereses que se agitan en la Sociedad...”.

Se puede ver una crítica a este estereotipo del Juez, en FERRAJOLI, “*Posición institucional y función de la Magistratura en el sistema político italiano*”, en *Política y Justicia en el Estado capitalista*” (ed. a cargo de Perfecto ANDRES IBAÑEZ), Barcelona, 1978. pág. 104 y ss.

²⁰² BERGALLI, R. “*Estado democrático y cuestión judicial. Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial*”, Buenos Aires, 1984, pág. 101.

Es conveniente antes de adentrarse en la independencia judicial como derecho del ejerciente de la función judicial, distinguir la misma de la imparcialidad judicial.

Ya sabemos, y hemos dejado constancia de ello en las líneas precedentes que la independencia judicial es un postulado constitucional (art. 117.1 CE), que tiene por objeto garantizar la plena libertad de los jueces y magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional, estando únicamente sometidos al imperio de la Ley, o como diría GUARNIERI, la independencia judicial implica la “posibilidad de decidir los casos particulares “según conciencia” y siguiendo, al menos en línea de máxima, las indicaciones que proporciona el sistema normativo”²⁰³. La independencia pues, se predica de quien no tiene dependencia, o no se haya subordinado a un poder mayor²⁰⁴, y una vez delimitado de una forma tan concisa este concepto se podrían distinguir como lo hace PICÓ I JUNOY²⁰⁵, dos manifestaciones o aspectos de la independencia judicial, por un lado un primer aspecto o manifestación sería la que atañe a la independencia externa o ad-extra, que protege a los jueces y magistrados frente a las intromisiones provenientes del exterior del poder judicial, es decir de otros poderes del estado, así como de los denominados por este autor “poderes fácticos” o fuerzas sociales (como los medios de comunicación o “cuarto poder”, partidos políticos, etc), y por otra parte una segunda manifestación sería la de la independencia interna o ad-intra, que protege a los miembros de la Carrera Judicial frente a las perturbaciones o intentos de dependencia de los demás órganos jurisdiccionales y sus propios órganos de gobierno²⁰⁶. Por ello

²⁰³ GUARNIERI, C., *L'indipendenza della magistratura*, Ed. Cedam, Padova, 1981, pág. 104. De igual modo, Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., y MOVILLA ALVAREZ, C. *El Poder judicial*, Ed. Tecnos, Madrid 1986, págs. 117 y 118, y BERZOSA FRANCOS, M^a V., “Poder Judicial”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Seix, T.XIX, Barcelona, 1989, pág. 875.

²⁰⁴ Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, editado por la Real Academia Española, 21^a edición. Madrid. 1992, págs. 682.

²⁰⁵ PICÓ I JUNOY, J. *La imparcialidad objetiva del Juez a Examen*, LA LEY, Diario 4486 de 24 de febrero de 1998, núm. 1 pág. 2001-2018.

²⁰⁶ En la misma línea que PICO I JUNOY, respecto de las manifestaciones de la independencia judicial se puede ver a GUARNIERI, C., *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1993, págs. 21 y 22; ORTINO, Sergio, “*L'Indipendenza del giudice secondo la giurisprudenza Costituzionale*” en la obra coordinada por Alessandro PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1974, págs. 391 y ss y DIEZ-PICAZO, L.M., *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Op. Cit. págs 102 y ss.

Por otra parte, utilizan la misma nomenclatura y relacionan el concepto de “independencia externa” a “la posición de la Magistratura frente a los poderes políticos o fuerzas sociales” incluyendo “a los demás órganos jurisdiccionales”; y el de “independencia interna” a “la posición del Juez frente a las partes”, los siguientes autores SILVA MELERO (“*Las garantías de la independencia judicial*”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 198, enero 1955, pág. 311) y MARTORELL ZULUETA (“*Breves notas acerca de la Independencia del Poder Judicial*”, Poder Judicial, núm. especial 11, págs. 187 y 188).

También podemos encontrar en la doctrina otras clasificaciones sobre las manifestaciones de la independencia judicial, y en este sentido hemos de referir que hay autores que distinguen entre una independencia judicial “orgánica”, y una independencia judicial “funcional”, encuadrando en la primera la independencia que afecta al Poder Judicial, como órgano que integra todos los Jueces y Magistrados, frente a los otros poderes del Estado, y situando en la segunda la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, así ALMAGRO NOSETE, J. (en AA.VV), *Derecho Procesal*, Vol. I, 3^a. Ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1988, pág. 59 y BERZOSA FRANCOS, M^a V., “*Poder Judicial*”, op. Cit. págs. 875 y ss.

entiende este autor que “no debe confundirse la imparcialidad judicial con la independencia del juez ya que este puede ser independiente y, sin embargo no ser imparcial y viceversa”²⁰⁷

Señala así PICO I JUNOY²⁰⁸ que esta conformación expresada de la independencia judicial “pone de relieve la intrascendencia de la misma para constituir el fundamento de la imparcialidad judicial”, a pesar que haya sentencias del Tribunal constitucional que mantienen una posición discrepante²⁰⁹, siendo amplia la doctrina que se manifiesta en este sentido²¹⁰, aunque también son muchos los autores que partiendo de otras sistematizaciones de las manifestaciones de la independencia judicial llegan a considerar a la imparcialidad judicial como otra de sus manifestaciones²¹¹.

Otros como DE MARINO, Rubén, Distinguen entre independencia judicial extrínseca de una independencia judicial intrínseca y dentro de esta última a su vez diferencia la independencia judicial funcional de la independencia judicial orgánica. Vid. DE MARINO, Rubén “*La independencia de los Tribunales, garantía de su función*”. R.D.P. 1988, nº 2, pág. 431-458.

Y asimismo y por último hemos de mencionar que también hay autores que diferencian tres manifestaciones o aspectos del principio de independencia judicial; la independencia institucional (o estructural) del poder judicial; la independencia organizativa, del conjunto organizado que forman Jueces y Magistrados; y la independencia orgánica o funcional del titular del órgano judicial, que a su vez tiene dos aspectos, uno externo, frente a las injerencias de otros Poderes del Estado ya en el ejercicio concreto de la función jurisdiccional en un proceso concreto; y otro interno, frente a injerencias del interior de la propia organización judicial, y frente a los órganos de gobierno autónomo de la Magistratura.

²⁰⁷ PICO I JUNOY, J.; *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Ed. Bosch, Barcelona 1998, pág. 32.

²⁰⁸ PICO I JUNOY, J. *La imparcialidad objetiva del Juez a Examen*, op. cit. pág. 2003.

²⁰⁹ En este sentido se puede ver la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1992 de 13 de octubre (RTC 136/1992) que en su Fundamento Jurídico segundo señala “(...) para garantizar la independencia judicial surge en la esfera del proceso la abstención y recusación, con el fin de evitar la privación en los órganos jurisdiccionales de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad o de neutralidad”.

Otras Sentencias del mismo tribunal referidas a la independencia judicial son la STC 44/1985 de 22 de marzo (FJ 4º) (RTC 1985\44), y la STC 47/1983 de 31 de mayo (FJ 2º) (RTC 1983\47).

²¹⁰ ALVAREZ-LINERA Y URÍA, C., “*Notas sobre la independencia del Poder Judicial*”, LA LEY, 1982-1, págs. 793 y ss; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., *El juez ordinario predeterminado por la Ley*, ed. Civitas, Madrid, 1990, pág. 89; CALVO SÁNCHEZ, C., “*La recusación de jueces y magistrados (I)*”, Revista Universitaria de Derecho Procesal, núm. 1, 1988, pág. 75 y 77; CORDON MORENO, F., *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1994, págs. 49 y ss.; DE MARINO, R., “*La independencia de los Tribunales, garantía de su función*”, Revista de Derecho Procesal II/1988, págs. 445 y 446; FERNANDEZ; RIFÁ Y VALLS, *Derecho Procesal Práctico, T.II*, Ed. Ramón Areces, Madrid 1992, págs. 140-141; GONZALEZ MONTES, J.L., *Instituciones de Derecho Procesal T.I*, 3ª Ed., Ed. Tecnos, Madrid 1993, págs. 84 y 85; REQUEJO PAGÉS, J.L., *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, págs. 161 y ss; RUIZ VADILLO, E., “*La Constitución, la independencia de los Jueces y Magistrados y el acceso a la carrera judicial*”, LA LEY, 1984-r, pág. 993; RUIZ PÉREZ, J.S., “*El Juez protagonista: imparcialidad e independencia*”, La Ley 1984-4. pág. 991; y VAZQUEZ SOTELO J.L. “*Los principios del proceso civil*”, Justicia 1993, IV.

²¹¹ En este sentido tenemos a ALMAGRO NOSETE, J. (en AAVV), *Derecho Procesal, Tomo I. Vol. I*, 3ª Ed. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1988, pág. 104; ASENSIO MELLADO, J.M. *Introducción.....*, op. cit, pág. 92; GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos.....* op. Cit. pág. 57; GÓMEZ COLOMER, J.L. “*Reflexiones.....*” ob. Cit. pág. 582; LORCA NAVARRETE, A. M. *Derecho Procesal Orgánico*, op. Cit. págs. 205 y 212; MARTORELL ZULUETA, P. “*Breves notas....*”, ob. Cit. págs. 188 y 189, MONTERO AROCA, J. *Introducción... op. Cit. pág. 42*; MORENO CATENA, V. (en AAVV),

Por otra parte, autores como JIMENEZ ASENSIO,²¹² que siguiendo a GUARNIERI²¹³, entiende que independencia e imparcialidad son principios distintos, posiblemente sean complementarios, relacionales, se necesiten el uno al otro, pero son diferentes en su enunciado y en su alcance. Asimismo hemos de convenir que la doctrina procesalista ha hecho gran hincapié en la línea que distingue ambos principios a través de la dualidad potestad/función. De esa forma la independencia se conectaría así con la potestad jurisdiccional, mientras, que la imparcialidad habría que predicarla del ejercicio concreto de la función jurisdiccional²¹⁴. En el mismo sentido podemos ver a GIMENO SENDRA y otros, que han señalado las diferencias entre imparcialidad e independencia diciendo que “la imparcialidad está vinculada a la independencia, si bien no deben ser confundidas pues afectan a dos momentos diferentes del ejercicio de la jurisdicción. La independencia constituye una nota esencial de la jurisdicción como potestad, mientras que la imparcialidad afecta a la jurisdicción como función. La primera se predica del momento constitucional, la segunda del momento procesal. Por otra parte la independencia constituye un presupuesto y un instrumento de la imparcialidad, necesario pero no suficiente.”²¹⁵ GALÁN GONZÁLEZ, lo expresa diciendo que la “independencia e imparcialidad son dos aspectos de la Jurisdicción complementarios. La primera hace referencia a la Jurisdicción como potestad entendida como facultad que se concede en régimen de monopolio a los Juzgados y Tribunales integrantes del Poder Judicial. La imparcialidad se refiere a la Jurisdicción como función, es decir, en cuanto ejercicio de esa facultad o potestad dentro de un proceso concreto”²¹⁶

Para JIMENEZ ASENSIO “la imparcialidad es, pues, una posición orgánica o estructural de un juez o tribunal, pero sobre todo y ante todo la imparcialidad es una imagen y un estado de ánimo del juzgador, una actitud que nos muestra que éste juzga

Introducción al Derecho Procesal, 1ª ed. Ed. Colex, Madrid 1996, pág. 96: PEDRAZ PENALVA, E. “Reflexiones sobre el “Poder Judicial” y el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial”, Documentación Jurídica, I/1984, pág. 63; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho de Tribunales*, Op. Cit. págs. 270 y 271; y TOMÉ PAULE, J. (Con ALMAGRO NOSETTE, J), *Instituciones de Derecho Procesal*, T.I. Vol. I, Ed. Trivium, Madrid, 1993, págs. 112 y 113.

²¹² JIMENEZ ASENSIO, R., *Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002, pág. 69.

²¹³ GUARNIERI, C.; *La giustizia in Italia*, Il Mulino. Bolonia, 2001. pág. 12 y ss. Donde señala, en la página 14, que “la independencia del juez es necesaria para salvaguardar (al menos) la imagen de imparcialidad, dado que un juez que depende de cualquier modo de las partes no es, pero sobre todo no parece, imparcial, lo que tiene negativas repercusiones sobre la disponibilidad de la otra parte a aceptar la decisión”.

²¹⁴ Vid. ARIAS DOMINGUEZ, *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*, Ed. Edersa. Madrid, 1999, Pág. 42, donde expone las posturas de distintos autores sobre esta materia.

²¹⁵ GIMENO SENDRA, V., CONDE-PUMPIDO C. y GARBERÍ, J.: *Los Procesos penales*, T. I, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 472.

²¹⁶ GALAN GONZALEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2005, pág. 22.

Vid. también en el mismo sentido a CALVO SANCHEZ, *La recusación de jueces y magistrados (I)*, Revista Universitaria de Derecho Procesal, Madrid, 1988, pág. 75.

sin interferencias ni concesiones arbitrarias a una parte,²¹⁷ pues como decía CANO MATA, si se carece de imparcialidad “no existe justicia, sino arbitrariedad”²¹⁸. Hemos de decir que la jurisdicción es órgano (juez o tribunal), pero también es actividad, y es aquí donde precisamente actúa con todo su significado la imparcialidad pues no puede haber juicio si no hay un tercero, parte desinteresada, que se sitúa por encima de los propios afectados y actúa en condiciones de plena imparcialidad²¹⁹. Asimismo hemos de tener en cuenta que nuestro Tribunal Constitucional ha hecho constar repetidamente las notas que cualifican a la imparcialidad²²⁰, y estas no son otras que las de desinterés y neutralidad.²²¹ Es por todo lo referido por lo que REQUEJO PAGÉS²²², estima que si para un juez, la independencia es la nota más sobresaliente, para el ciudadano concreto que se sitúa ante un juez o tribunal es mucho más relevante la imagen de imparcialidad, que en última instancia será la que imbuya en ese ciudadano confianza en los tribunales y, en suma, actuará como factor de legitimidad del Estado constitucional.

Para otros la imparcialidad resulta ser un concepto estrechamente relacionado con el desinterés objetivo pero no igual a éste, pues su opinión “en primer término la imparcialidad significa la posición trascendente de quienes ejercen la Jurisdicción respecto a los sujetos jurídicos afectados por dicho ejercicio, es decir, la imparcialidad arguye que a la ordinaria existencia de sujetos jurídicos en posiciones procesales contrapuestas corresponde una posición equidistante y superior a ambas partes de la persona que ejerce jurisdicción y de los órganos jurisdiccionales,²²³”, y en segundo término considera la autora que el concepto de imparcialidad expresa la actitud anímica del juez que actúa como dique frente a las subordinaciones fácticas²²⁴.

Por nuestra parte entendemos que la independencia judicial consagrada en nuestro texto constitucional se refiere a la necesidad de evitar o impedir todo tipo o clase de subordinación de los miembros del Poder Judicial al resto de los poderes del Estado, o toda perturbación que pueda venir de los otros órganos jurisdiccionales y sus propios órganos de gobierno. Es por ello que consideramos que no ha de confundirse la independencia del Juez con la imparcialidad judicial habida cuenta que un juez puede

²¹⁷ JIMENEZ ASENSIO, R., *Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial*, Op. Cit. pág. 71,

²¹⁸ CANO MATA, A., *Comentarios a la LOTC*, Madrid, 1984, pág. 97. Vid. también a BERMUDEZ OCHOA, E *La Configuración jurisprudencial del concepto de la imparcialidad objetiva*, Justicia, 1997-1, pág. 93-164.

²¹⁹ Vid. LOPEZ Y LOPEZ, A.M. *Independencia, imparcialidad, objetividad del Juez (Notas para una reflexión sobre la actividad jurisdiccional y la separación de poderes)*, Justicia 86, IV, pág. 956.

²²⁰ Vid por todas la STC 47/1982 (RTC 1982, 47), donde por vez primera se recogen tales atributos de la imparcialidad.

²²¹ Vid sobre estas notas CORDON MORENO, F.; *Las garantías constitucionales del Proceso*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1999, pag. 101.

²²² REQUEJO PAGÉS, J.L. *Jurisdicción e independencia judicial*, Op. Cit., pág. 185.

²²³ GALAN GONZALEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*, Op. Cit. pág. 20. Vid. También en el mismo sentido a DE LA OLIVA SANTOS Y FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, pág. 27.

²²⁴ Vid. En este sentido REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción e independencia judicial*, Op. Cit., pág. 167.

ser independiente y sin embargo no ser imparcial, y asimismo podría ser imparcial sin ser independiente. Mantiene MONTERO AROCA, que la imparcialidad no es una característica absoluta de los jueces y magistrados, como lo es la independencia, sino que ha de referirse a cada proceso que se somete a su decisión. En su opinión la independencia ha de determinarse con relación a las garantías establecidas en la Ley al regular el estatuto jurídico de los jueces y magistrados, de modo que la única manera de saber de si en un país existe independencia judicial consiste en comprobar si ese estatuto la permite realmente y sin referencia a un proceso concreto, sin embargo la imparcialidad no puede determinarse con relación a estatuto alguno, no se trata de algo abstracto, sino que guarda de forma necesaria relación con un proceso determinado, y por ello es concreta, de un juez y en un proceso²²⁵.

La independencia judicial proyectaría sus efectos o haría valer su esencia y eficacia en un momento previo, anterior al ejercicio de la función jurisdiccional, mientras que la imparcialidad proyectaría sus efectos y tendría lugar en el momento procesal, es decir durante el desarrollo de la función jurisdiccional. PICARDI²²⁶ lo expresa diciendo que la independencia debe distinguirse de la imparcialidad, puesto que la primera palabra viene a privilegiar el momento institucional y la segunda el momento procesal.

Por último hemos de comentar que la imparcialidad, cumple otras funciones no menos importantes en el Estado Constitucional, pues la idea de imparcialidad está directamente conectada con la imagen de la institución, y por tanto, con la idea de legitimidad de la justicia en general y del Estado en particular. REBBUFA, ha expresado esta idea diciendo que “tradicionalmente se postula una relación estrecha entre independencia e imparcialidad y se subraya la función de la independencia para la construcción de una imagen de imparcialidad. Con esta última expresión me refiero aquí al modo en el cual el ejercicio de la función judicial, el papel institucional de árbitro entre las partes viene percibido por la opinión pública, por los usuarios de la administración de justicia. La importancia de la imagen de imparcialidad deriva del hecho de que a través de ella se proyecta la legitimación de la función judicial, el consenso previo y la aceptación de sus decisiones, la expectativa de que en cualquier caso sus decisiones serán observadas incluso por la parte perdedora. En conclusión, la imagen de imparcialidad del juez es decisiva para la seguridad de todo el orden jurídico, para el mantenimiento de su legitimidad.”²²⁷

4.3. La independencia judicial como derecho.

4.3.1. Anotaciones históricas.

²²⁵ MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1999, pág. 189.

²²⁶ PICARDI, Nicola, “*Justicia y desarrollo democrático en Italia y América Latina*”, *Seminario de Formación e Información*, Santo Domingo, República Dominicana, 24 de noviembre a 8 de diciembre de 1989, Unicri, Publ. Núm... 45, Roma, 1992, pág. 279.

Vid. También en este sentido a VAZQUEZ SOTELO, J.L.: *Los principios del Proceso Civil*, op. Cit. Justicia, 1993, IV, págs. 606 y REQUEJO PAGÉS, J.L. *Jurisdicción e Independencia judicial*, Op. Cit., págs. 161 y ss.

²²⁷ REBBUFFA, G.: *La funzione giudiziaria*, Giapichelli. Turín, 3ª Edición, 1993, pág. 42.

Antes de llegar a la situación actual de consagración de la independencia judicial en el art. 117 de nuestra Constitución, hemos de hacer referencia a algunas noticias históricas de la misma, convenientemente matizadas e incardinadas en su momento histórico. Así hemos de mencionar que el Fuero Juzgo²²⁸, versión romanceada del Liber Iudiciorum del Rey visigodo Recesvinto, contiene una Ley, atribuida al citado monarca, la XXVII, Título I, Libro II, que constituye una verdadera reliquia sobre la independencia judicial, y que dice “Que iuyzio que es dado por mandado del Rey o por miedo, si es tortizero, que non vala”. “A las vezes los sennores con su poder suelen destormar la Justicia é pues que ellos son siempre poderosos, siempre seia que numqua por ellos tornará la Iusticia en su derecho. E porque los iuezes suelen muchas veces juzgar tuerto, é contra las leyes por mandato de los Príncipes o por su miedo; por enjde con una melecina queremos sanar las lagas, y establecemos que todo Pleyto, ó todo otorgamiento, ó todo Iuyzio que fuese fallado desta manera, que non seya dado con Derecho, ni segundo la ley: más si es dado con tuerto, ó por miedo, ó por mandato del príncipe, mandamos que sea desfecho, e non vala nada. E los Iuezes que lo juzgaron por miedo, non sean ende difamados, ny ayan ninguna pena. Todavía si quisieren iurar que no iudgaron tuerto por su grado, mas por miedo del Rey”.

También en la Ley de Partidas, años de 1256-1263, en la Partida 2ª, título IX, Ley XVIII, se decía que los jueces deben ser firmes de manera que no se desvíen del derecho ni de la verdad, juzgando los pleitos derechamente. Asimismo en la Partida 3ª, título IV, ley VI, se contienen los compromisos del juramento del Juez, y de ellos el quinto y el sexto reflejan el carácter de su independencia, diciendo que habrá de librar los pleitos lo más legal, pronto y mejor que supiere por las leyes, y que por amor ni desamor, ni miedo, ni con que le den o prometan dar, no se desvíe de la verdad ni del derecho; y que ni él ni otro por él recibirán don o promesa de hombre alguno que haya movido pleito ante él o sepa lo fuere a mover.

Continúan las distintas leyes hasta llegar a la Constitución de 1812, en el mismo sentido antes señalado, pudiendo citar antes de este texto y a modo de ejemplo como en una Cédula de Carlos III, de 15 de mayo de 1788 se recoge que la “*recta administración de justicia es inseparable de la integridad y limpieza de los jueces*”. Y a partir del texto constitucional de Cádiz, y hasta la norma vigente de 1978, el principio de independencia judicial sigue una línea uniforme en la que se van poniendo las bases de la inamovilidad, imparcialidad y responsabilidad, por un lado, y por otro la de exclusividad de funciones, las prohibiciones y las incompatibilidades²²⁹.

²²⁸ Fuero Juzgo: Libro II, Título I, Ley XXVII.

²²⁹ Sobre estos aspectos históricos de la independencia judicial y el desarrollo de la actividad judicial en España son de interés entre otras las siguientes obras; AGUNDEZ FERNÁNDEZ, A. *Historia, Estructura y Actividad del Poder Judicial En España*, Madrid, Editora Nacional, 1974.; ROLDÁN VERDEJO, R. *Los Jueces de la monarquía absoluta: su estatuto y actividad judicial; Corona de Castilla, siglos XIV-XVIII*, Ed. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de la Laguna, 1989. CARRETERO PÉREZ, A., *Introducción a la organización judicial*, en R.D.J. núm. 19 de julio de 1964, págs. 121-128; *La organización de la Administración de Justicia en 1808*, en R.D.J. Núm. 20, 10 de diciembre de 1964, págs. 145-156; *La Administración de Justicia de 1808 a 1835*, en R.D.J. núm. 21, 1 de marzo de 1965, págs. 159-172; *La Administración de Justicia de 1835 a 1868 (primera parte)*, R.D.J. núm. 22, 4 de junio de 1965, páginas 117-128; *La Administración de Justicia de 1835 a 1868 (segunda parte)*, en R.D.J. núm. 24, 10 de diciembre de 1965, págs. 121-127; “*La Administración de justicia de 1868 a 1898 (Primera parte)* en R.D.J. núm. 25, 1 de marzo de 1966, páginas 83-97; *La administración de Justicia de 1868 a 1898 (Segunda parte)*, en R.D.J. número 26, 4 de junio de 1966, págs. 129-144; *La*

Nos recuerda GIMENO SENDRA²³⁰ que en el Estado feudal y en el absoluto los Jueces eran funcionarios dependientes del poder real, existiendo una confusión de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) en la persona del Monarca, señalando como características más sobresalientes de la Jurisdicción de aquella época que “a) no existía un Poder Judicial, sino una función judicial encomendada a distintos órdenes de funcionarios; b) tales funcionarios carecían de independencia judicial; c) inexistencia de los principios de unidad y exclusividad judicial y d) ausencia de control judicial de los actos dimanantes del Poder Ejecutivo”. Asimismo nos dice GONZALEZ GRANDA, que “históricamente, el principio de independencia surge como valor de oposición, frente a la Justicia del Antiguo Régimen instituida en función de gobierno; la más importante, se ha dicho, de todas las del monarca durante un largo período”²³¹. Con posterioridad ha mantenido siempre una cierta impronta de instrumento de contrapoder, que ha dado lugar a que fuera reivindicada tanto frente al orden establecido como desde posiciones gubernamentales, en clave de legitimación del “statu quo”, de donde la polivalencia del término y lo ambiguo de su semántica, según el tenor del discurso²³².

Con la Revolución francesa de 1789 que consagra el establecimiento de la supremacía de la Ley como expresión de la voluntad general y de la división de poderes, la jurisdicción pasará a convertirse en el tercer Poder dentro del Estado. Para ello fue necesario la abolición de las jurisdicciones especiales y la instauración de los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional²³³, dotar a los jueces de independencia que se llevó a cabo en un primer momento mediante la compraventa de oficios, y posteriormente con la inamovilidad judicial²³⁴, y asimismo se establecieron los medios para evitar que el Poder Ejecutivo interviniera en la constitución y organización de los tribunales, estableciéndose una reserva de ley en esta materia. Por otro lado se estableció el Juez Legal o “natural” o del lugar de comisión del delito (arts. 1 y 14 LECrim), el del principio de jerarquía normativa (arts. 1.2 y 6.3 CC) y la obligación de los jueces de no aplicar los reglamentos ilegales (art. 7.1 LOPJ de 1870).

Administración de Justicia de 1868 a 1898 (Tercera parte), en R.D.J. número 27, 7 de septiembre de 1966, págs. 120-136; “*La Administración de justicia de 1868 a 1898 (Cuarta parte)*”, en R.D.J. núm. 28, 10 de diciembre de 1966, págs. 47-58, y “*El Poder Judicial de 1868 a 1898*”, en R.D.J. número 34, 4 de junio de 1968 págs. 89-101.

²³⁰ GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Op. Cit. pág. 47 y 48.

²³¹ GONZALEZ GRANDA, P., *Independencia del Juez y control de su actividad*, Op. Cit., pág. 18.

²³² ANDRES IBAÑEZ MOVILLA ALVAREZ, *El poder Judicial*, pág. 118.

²³³ Tras la promulgación del Decreto de Unificación de Fueros, de 8 de diciembre de 1868, la Jurisdicción pasa a asumir el monopolio de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Asimismo la Ley “Provisional” Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 abolió la jurisdicción administrativa retenida y creó las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, con lo que, a partir de entonces, los actos del Poder Ejecutivo pudieron ser ya revisados por los Tribunales.

²³⁴ Así el artículo 9 de la LOPJ de 1870 decía que “no podrá el Gobierno destituir, trasladar de sus cargos ni jubilar a los Jueces y Magistrados, sino en los casos y en la forma que establecen la Constitución de la Monarquía y las Leyes”. Cfr. con el art. 15 de la actual LOPJ.

Pero como refiere GIMENO SENDRA²³⁵, “nuestra Revolución Liberal no fue similar a la francesa, sino que, como es sabido, sufrió los vaivenes de la Historia, caracterizados por la alternancia en el poder de los liberales y los conservadores. Y así, el sistema –judicialista- administrativo, que consagró la LOPJ de 1870, pronto fue suprimido, mediante el Decreto de 20 de enero de 1875, que volvió al sistema administrativista de la jurisdicción retenida en el Consejo de Estado”²³⁶

De esta forma llegamos hasta nuestra Carta Magna, que concreta el derecho a la independencia judicial en su artículo 117 con el que abre el Título VI dedicado al Poder Judicial, señalando en su apartado 1 que “la Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”, mientras que en el apartado segundo garantiza la inamovilidad: “Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la Ley”.

4.3.2. La independencia judicial como derecho del ejerciente de la función judicial.

Hemos de tener en cuenta, como hace GABALDÓN LÓPEZ²³⁷, que la independencia, además de un concepto jurídico determinante de una serie de garantías, “es también una facultad personal derivada de la libertad del hombre-juez, y este aspecto personal, preservado jurídicamente, va a ser también exigido por la sociedad, que reconocerá en él una manifestación de su credibilidad. La independencia, como un aspecto de la libertad humana, deberá ser racional (inteligente e ilustrada) lo cual exige conocimiento del Derecho y de la vida, formación doctrinal y jurídica puesto que se va a aplicar el Derecho ya que la información y la formación contribuyen a la libertad en la decisión. Pero además, la independencia habrá de ser responsable, y no sólo en el aspecto jurídico, sino en el moral, lo cual implica consciencia clara de las exigencias que una función tan importante como delicada supone para quien la ejerce y no sólo en la esfera profesional sino también en la personal, con lo que ésta comporta de valores cívicos, trato y sociabilidad, prestigio y conducta en todas sus facetas; porque el conjunto de estos valores es lo que genera la credibilidad personal del Juez, a quien, por último, le es exigible aquello que necesita para sostener la propia imparcialidad, o sea tenacidad y valor personal.”. Todo ello, señala este autor, se resume en saber administrar la independencia que el ordenamiento atribuye al Juez, cierto es que la independencia radica en cada Juez, más necesita sin embargo ser preservada jurídicamente y adecuadamente sentida y ejercida por el Juez.

Hecha esta reflexión sobre la independencia desde otra perspectiva como la de la libertad del hombre-Juez, pero no por ello menos importante, hemos de adentrarnos en

²³⁵ GIMENO SENDRA, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal*, Op. Cit., pág.49.

²³⁶ Hasta la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 no se retorna al sistema –judicialista- de control de los actos administrativos, que culmina con la publicación de la LJCA de 1998 que aplicó el principio de exclusividad jurisdiccional también en todo lo relativo al proceso de ejecución, que la LJCA de 1956 seguía residenciando en el Poder Ejecutivo, y que a partir de 1998 corresponde también a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

²³⁷ GABALDÓN LOPEZ, J., “*Independencia Judicial y seguridad jurídica*”, La Ley, número 4889, de 22 de septiembre de 1999. pág. 1844.

la posibilidad de distinción de dos grupos de derechos, en primer lugar los derechos vinculados al ejercicio del cargo y que intentan configurar una serie de garantías para el funcionario público que han de incidir positivamente en el desempeño de la función que desarrolla. Estos derechos son los que hacen que el Estado deba proporcionar a los funcionarios la protección que necesiten para el desarrollo de su función, asimismo ha de otorgarle el tratamiento y la consideración social debida a su jerarquía y a la función pública que desarrollan. Forman parte también de este grupo de derechos, el derecho a la consideración debida a su dignidad²³⁸, el derecho al cargo, y si el servicio lo consiente, la inamovilidad en la residencia, así como todos los derechos inherentes al mismo que se establecen en el Estatuto Básico del empleado público Ley 7/2007 de 13 de abril (arts. 14 y siguientes). Por otro lado un segundo grupo de derechos son los comunes y propios de toda relación de empleo, como los retributivos y sociales así como los permisos, licencias y vacaciones.

Nuestra LOPJ no contiene una regulación sistemática y ordenada de los derechos de los Jueces y Magistrados, lo que si distingue es una serie de derechos que corresponden a los Jueces y Magistrados como titulares de la función judicial (por lo tanto del Poder Judicial), y otro grupo de derechos que se ostentan por el hecho de que Jueces y Magistrados están integrados en una relación de empleo, no obstante hay que señalar que este último grupo de derechos está afectado y modulado por la especial función asignada a Jueces y Magistrados.

Vamos a abordar en primer lugar los derechos reconocidos como consecuencia del ejercicio de la función judicial, así habremos de ocuparnos del derecho a la independencia judicial, que se concreta a través de la inamovilidad y la inmunidad, y que garantizan la función judicial encomendada a Jueces y Magistrados.

4.3.3. La Independencia como derecho del Juez en cuanto titular de la función Judicial.

Decía el filósofo F. NIETZCHE²³⁹ que “son pocos los que logran ser independientes, ya que ello es un privilegio de los fuertes”, pues bien, esta cualidad es exigida por las Constituciones de los Estados Modernos a los que tienen como función impartir Justicia: los Jueces y Magistrados. Ahora bien, como mantiene RUIZ VADILLO²⁴⁰, “si queremos que el Juez sea independiente de derecho y de hecho y que esa independencia sea siempre captada por la sociedad es imprescindible conocer bien cuáles hayan de ser sus presupuestos. La independencia debe garantizarlas la ley y la sociedad toda y los jueces deben ejercerla de manera constante e incondicionada”.

Por su parte, al abordar el concepto de independencia judicial, DIEZ-PICAZO GIMENEZ²⁴¹, señala que independencia, en sentido jurídico es lo contrario a jerarquía,

²³⁸ Compreendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.

²³⁹ NIETZCHE, F.; *Jenseits von Gut. Und Böse*, trad. “Más allá del bien y del mal”, 1886.

²⁴⁰ RUIZ VADILLO, E., *La independencia y la imparcialidad de los Jueces en la Constitución española*, Revista la Ley, nº 6, 1996, págs. 1642.

²⁴¹ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGA TORRES, J., *Derecho Procesal. Introducción*. Op. Cit. Pág. 179.

y que por lo tanto es independiente aquel que no está sometido jerárquicamente al poder de otra persona, órgano o ente, al que debe obedecer, es decir hay ausencia de jerarquía y esto trasladado al ámbito de los Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional significa que si se predica su independencia, es decir que no deben obedecer las órdenes de nadie, no deben estar ligados a instrucción, orden o indicación alguna²⁴².

Por su parte HUERTAS CONTRERAS²⁴³ señala que el principio de legalidad del art. Art. 117.1 no es “sino una aplicación particular del art. 9.1, informa la posición constitucional del Poder Judicial, que estará sujeto tanto a la Constitución como al resto ordenamiento jurídico. La Ley, como así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en su STC 78/1984 de 9 de junio (RTC 78\1984), será la única fuerza que vincula al juez en el momento de administrar Justicia. Por encima del Juez sólo esta la ley”, y la ley hemos de entenderla aquí en un sentido lato, es decir el principio de legalidad encierra una mayor trascendencia política de la que a simple vista puede entenderse, por ello SAINZ DE ROBLES²⁴⁴ dice que “evidentemente, la justicia que debe ser administrada no es únicamente la que formalmente cumple las garantías establecidas en la ley, sino la que realiza plenamente los valores inherentes al Estado de Derecho (art. 1.1) a través del cumplimiento pleno de la Ley”. Por su parte la LOPJ en el art. 104.1 señala que “el Poder Judicial se organiza y ejerce sus funciones con arreglo a los principios de unidad e independencia”.

Hemos de ser conscientes, y consideramos que es un tema ya superado, que la independencia judicial es algo más que separación de poderes, puesto que como decía MOSQUERA²⁴⁵ “una cosa es la separación de poderes, es decir, de los poderes fundamentales y primarios de Estado y otra su independencia, y ha sido, sin duda, un grave error, cuyas consecuencias han repercutido desfavorablemente en la teoría de la independencia, involucrar ésta con la teoría de la separación. Independencia y separación son círculos secantes, pero no es admisible que la zona de coincidencia haga perder la perspectiva sobre la diferente problemática que cada una ofrece. La separación de poderes resuelve, en general, el problema de la distribución de cada uno de ellos, en

²⁴² El que no exista jerarquía no significa que los Jueces y Magistrados puedan obrar en el ejercicio de la jurisdicción con libre albedrío, pues los mismos en el ejercicio de la función que tienen asignada están vinculados al imperio de la ley (art. 117.1 CE), sometidos al Derecho.

²⁴³ HUERTAS CONTRERAS, M., “*El poder Judicial en la Constitución Española*”, Ed. Universidad de Granada, Granada 1995, pág. 56 y 57.

²⁴⁴ SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, F.C. *El Poder Judicial*, Dirección General de lo Contencioso del Estado. Madrid 1983. pág. 31. Vid. en el mismo sentido ALVAREZ CONDE; *Curso de Derecho Constitucional*. Ed. Tecnos, Madrid 1993, Vol. II. Págs. 245 y siguientes, afirma “que los Jueces y Tribunales se convierten en defensores de la legalidad, lo cual evidentemente supone que no pueden violarla ni tampoco modificarla (...) Pero también supone que, en defensa de dicha legalidad especialmente por lo que a legalidad constitucional se refiere, deben desarrollar todos los principios y valores sobre los que ella descansa. Con ello, la posición constitucional del Poder Judicial adquiere, necesariamente y por imperativo de la propia Constitución, un marcado carácter transformador de la sociedad, en la aplicación e interpretación de los valores democráticos contenidos en su ordenamiento jurídico”.

²⁴⁵ MOSQUERA, *El poder Judicial y la Constitución, en la Constitución española de 1978*, (obra colectiva) Madrid, 1980 op. Cit. pág. 695.

complejos organizativos distintos, mientras que la independencia considera las relaciones entre ellos”.

Lo que interesa a la independencia es que los demás poderes, el ejecutivo, y el legislativo que son poderes activos, no puedan subordinar o interferir en la única dependencia de los órganos jurisdiccionales que no es otra que la de la norma jurídica. Asimismo la independencia judicial y su imparcialidad, desde el art. 24.2 y 177.1 de la CE, son predicables de todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de su función, y así es entendida por nuestro Tribunal Constitucional en sus Sentencias 106/1989 de 8 de junio (RTC 1989\106) y 108/86 de 29 de julio (RTC 1986\108) entre otras.

5. VERTIENTES DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL.

Como señala DE OTTO, “la independencia es la traducción estatutaria de la sujeción funcional del Juez, de modo que independencia y sumisión al ordenamiento son términos rigurosamente complementarios. La independencia, no es, por tanto, un privilegio, sino una garantía de la propia función”²⁴⁶. Refiere este autor que la independencia es complementaria de la sumisión exclusiva al imperio de la ley, y por tanto debe ser general y garantizarse frente a todos. Como expresaba CALAMANDREI, “en el momento de hacer justicia, es decir, en el momento de aplicar el derecho al hecho controvertido, no está el Juez obligado a obedecer a nadie más que a la ley, a su propia conciencia, sin recibir órdenes de quienquiera que sea, aunque ellas proviniesen de su superior jerárquico y hasta del más elevado de ellos”²⁴⁷.

En su origen la independencia se afirmó ante todo frente al poder ejecutivo, siendo el Gobierno y la Administración el poder frente al cual se muestra mayor recelo, al menos en lo que se refiere a ciertos aspectos de la independencia de hecho, habida cuenta que el Juez en su calidad de funcionario está sujeto a potestades sin cuya presencia no existe tal status, en concreto a la potestad disciplinaria y a la de nombramientos, ascensos, traslados, etc., lo que hace necesario conciliar la independencia en el ejercicio de la función con la sujeción jerárquica propia de la relación funcional²⁴⁸.

Por otro lado, la independencia judicial, en cuanto que corresponde a cada Juez singularmente considerado, se asegura también frente al propio poder judicial como organización y frente a su órgano de gobierno autónomo cuando existe, en nuestro caso frente al Consejo General del Poder Judicial. Asimismo la independencia se afirma también frente al propio poder legislativo, pues una cosa es la sumisión a la ley en cuanto tal y otra del todo distinta la sumisión a cualquier otro acto del órgano del que la ley emana²⁴⁹.

Y por último, la independencia se asegura también “frente a la sociedad”, fundamentalmente a través del sistema de incompatibilidades y prohibiciones. Y de lo que se trata en este caso es de impedir vínculos y relaciones que puedan conducir a una reducción fáctica de la libertad del juez. Las incompatibilidades y prohibiciones, por otra parte también tienen la función de preservar la imparcialidad y la imagen de neutralidad²⁵⁰.

²⁴⁶ Vid. en el mismo sentido a DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 61.

²⁴⁷ CALAMANDREI, P. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Trad. De S. Sentís Melendo, Volumen II, Buenos Aires, 1962, pág. 14.

²⁴⁸ Esta es también la razón de que, como garantía de la independencia, la Constitución haya entregado al Consejo General del Poder Judicial las funciones de “nombramiento, ascensos, inspección y régimen disciplinario” Art. 122.2 CE.

²⁴⁹ La sumisión exclusiva a la ley desaparecería si el Juez estuviese sometido también a órdenes e instrucciones del poder legislativo dictadas en cualquier otra forma.

²⁵⁰ Vid. DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 63.

Así pues, los ataques a la independencia judicial del juzgador pueden venir planteados desde diferentes frentes, y así podemos constatar que pueden llegar desde otros órganos judiciales y órganos de Gobierno del poder judicial, desde otras autoridades e instituciones, desde las partes en el proceso o sus representantes legales, y, cada vez con más intensidad, desde los medios de opinión.

Las sistemáticas para tratar la cuestión que nos ocupa pueden ser muy diversas, así por ejemplo GONZALEZ GRANDA²⁵¹ entiende que en la actualidad es posible hablar de tres vertientes distintas del principio de independencia habida cuenta de su configuración en la CE de 1978 y de su desarrollo en la LOPJ, y así distingue entre la independencia institucional o estructural del Poder Judicial, la independencia organizativa, y la independencia orgánica del titular del órgano judicial²⁵². Y estas tres vertientes, señala la autora se proyectan en un plano externo y otro interno, “entendiendo por tales planos la dimensión subjetiva de origen de las posibles presiones o injerencias” De esta forma nos dice que “suele hablarse de independencia –externa-, como aquella vertiente del principio de independencia que se predica frente a las posibles presiones o injerencias provenientes de otros Poderes del Estado o fuerzas sociales, y de independencia –interna-, como aquella otra vertiente predicable y exigible frente al interior del propio Cuerpo Judicial; si bien es cierto que en ocasiones las manifestaciones o proyecciones del principio de independencia se estructuran de otro modo, incluyendo en la proyección –interna- la posición del Juez frente a las partes²⁵³.”

Por otro lado GIMENO SENDRA²⁵⁴, distingue entre independencia frente a los otros poderes del Estado, independencia frente a la Sociedad, independencia respecto de las partes procesales y del objeto litigioso, e independencia del juez frente a sus superiores y de los órganos de gobierno. En términos similares se expresa FERNANDEZ PASTRANA²⁵⁵, que refiere que en muchos casos los peligros para la independencia judicial no vienen de los otros poderes del Estado, sino de las organizaciones sociales, de los grupos más o menos organizados, de los dogmas ideológicos y partidistas... y de los propios Jueces. No obstante lo dicho reconoce este

²⁵¹ GONZALEZ GRANDA, P. *Independencia del Juez y control de su actividad*, Op. Cit. pág. 22 y 23.

²⁵² La independencia institucional estructural del Poder Judicial no sólo se refiere al Poder Judicial como conjunto orgánico, sino como institución dotada de un relevante poder político en la articulación institucional estatal. Por otro lado la independencia organizativa se refiere al conjunto organizado que forman los Jueces y Magistrados, conseguida poco a poco mediante fórmulas de carácter orgánico primero, que tratan de separar a los Jueces de la influencia de otros poderes, y, finalmente, mediante la creación de gobierno autónomo ex art. 122. CE. Por último la independencia orgánica es la que se refiere al titular del órgano judicial.

²⁵³ GONZALEZ GRANDA, P. *Independencia del Juez y control de su actividad*, Op. Cit. pág. 23. Vid también TOMAS Y VALIENTE, *Poder Judicial y Tribunal Constitucional*, Poder Judicial número XI, número especial, pág. 18; SIMON D., *La independencia del Juez*, Ed. Ariel, Barcelona 1985; APARICIO PEREZ, Prólogo a la obra citada de Simon, D.; ANDRES IBAÑEZ-MOVILLA ALVAREZ, *El Poder Judicial*, Op. Cit., pág. 27 y sgtes; MARTORELL ZULUETA, *Breves notas acerca de la independencia del Poder Judicial*, Poder Judicial, número XI, especial, pág. 185.

²⁵⁴ GIMENO SENDRA, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal*, Op. Cit. pág. 86-95.

²⁵⁵ Cfr. FERNANDEZ PASTRANA, J. M., “La “otra” independencia de los Jueces”, *Actualidad Administrativa*, núm. 10, de 12 de mayo de 1991.

autor que existe en nuestro País una conciencia difusa y general de que nuestros Jueces son un penúltimo reducto de moralidad y dignidad dentro del aparato del Estado y de la vida pública, y que esto en su opinión no se debe a una organización reciente de la magistratura, sino que deviene de una tradición secular que ha sabido estar por encima de regímenes y vicisitudes políticas y que ha hecho del menos poderoso de los poderes del Estado, el de mayor fuerza moral, convirtiéndose en el último recurso del ciudadano frente a las injusticias y las arbitrariedades del poder, aunque a tenor de los datos estadísticos sobre la justicia en los últimos años, esta afirmación queda muy minorada.

5.1. Vertientes de la independencia judicial.

Por la doctrina se suele decir que la independencia judicial tiene dos vertientes²⁵⁶, en este sentido como hemos señalado anteriormente GONZALEZ GRANDA señala que existente tres vertientes del principio de independencia judicial pero que los mismos pueden proyectarse sobre dos planos distinguiendo entre la denominada independencia externa e independencia interna²⁵⁷, la externa preservará al Juez frente a las injerencias provenientes de otros poderes del Estado o fuerzas sociales, y la interna se predicará y exigirá frente al interior del propio cuerpo judicial, teniendo en cuenta además que los límites entre ambas vertientes de la independencia no son en absoluto nítidos, si se tienen en cuenta además que las garantías establecidas en la Ley entremezclan constantemente ambos aspectos²⁵⁸. También se habla, como hace HUERTAS CONTRERAS de “independencia orgánica (es decir independencia del Poder Judicial) e independencia funcional o lo que lo mismo, independencia del – hombre juez- aunque se evidencia que la independencia del órgano es a su vez garantía de los hombres en él integrados”.²⁵⁹

En definitiva podemos constatar estas dos vertientes, la primera es la de una independencia ad-intra, hacia el interior de la organización judicial, puesto que en el quehacer jurisdiccional se ha de estar libre de las influencias y/o ataques que puedan efectuarse desde instancias superiores, y la segunda una independencia ad-extra, hacia el exterior, que protege al Juez o Magistrado de las injerencias provenientes de otros poderes del Estado o fuerzas sociales. El Tribunal Constitucional en la Sentencia 108/86, de 26 de julio lo expresa, como nos recuerda VACAS GARCÍA-ALÓS y

²⁵⁶ Recordemos que el concepto de la independencia judicial ha sido utilizado preferentemente –si no exclusivamente- en una dirección: independencia frente al Estado (en su dimensión “externa” por tanto); pero no se ha manejado apenas –o en mucha menor medida- en su dimensión “interna”, como independencia del Juez frente al propio cuerpo judicial. Vid. APARICIO LOPEZ, Prólogo a la obra de SIMON, D., *La independencia del juez*, Op. Cit. Vid también a SIMON, D. *La independencia del Juez*, Op. y loc. cit. y GARCIA MANZANO, *La independencia judicial*, Poder Judicial, nº X, especial, pág. 333 y siguientes.

²⁵⁷ GONZALEZ GRANDA, P. *Independencia del Juez y control de su actividad*. Op. Cit. págs. 21 y ss. Vid. también por ej. A CANO BUESO, J: *La Política Judicial del Régimen de Franco (1936-1945)* Ministerio de Justicia. Madrid 1985.

²⁵⁸ GONZALEZ GRANDA, P. *Independencia del Juez y Control de su actividad*. Op. Cit., págs. 11.

²⁵⁹ HUERTAS CONTRERAS, M., *El Poder Judicial en la Constitución Española*, Ed. Universidad de Granada, Granada 1995, pág. 59.

MARTIN MARTIN²⁶⁰, diciendo que la independencia del poder judicial se predica de todos y cada uno de los Jueces y Magistrados que lo integran, en cuanto encargados de ejercer, individualmente o agrupados en órganos colegiados, la función de juzgar y hacer y hacer ejecutar lo juzgado. La independencia judicial tiene que ser respetada de manera singular y específica en el interior de la organización judicial (evitando los ataques que puedan efectuarse desde posiciones de superioridad gubernativa o judicial-procesal), y de manera general por todos (evitando ataques que procedan del exterior de la organización judicial, ya sea desde otras instituciones públicas, ya sea desde las actuaciones de particulares), estableciendo la propia Constitución diversas garantías: la inamovilidad, que es su garantía esencial (art. 117.2 CE), la reserva de ley orgánica del artículo 122.1 sobre la determinación de la constitución, funcionamiento y gobierno de Juzgados y Tribunales y el estatuto jurídico de Jueces y Magistrados, el régimen de sus incompatibilidades (art. 127 CE) o la existencia del Consejo General de Poder Judicial como órgano autónomo y separado del gobierno, titular del Poder ejecutivo (art. 122.2 CE).

Por último, y como desarrollaremos más adelante, las dos vertientes de la independencia judicial se encuentran recogidas en los artículos 12 y 13 de la LOPJ. El artículo 12 contempla la independencia interna, es decir, la que se predica de cada Juez y Magistrado de todos los órganos judiciales y de gobierno del poder judicial y el artículo 13 se refiere a la independencia judicial en sentido general, incluyendo por tanto su vertiente externa, diciendo que todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados.

5.1.1. De la independencia judicial ad-intra.

Advierte MONTERO que “hasta ahora las garantías de la independencia en buena parte se articulaban frente al Poder Ejecutivo”, pero que a partir del momento en que corresponde a otros órganos todo lo relativo a selección, ascensos, inspección y régimen disciplinario²⁶¹, la independencia cambia de frente y ha de predicarse respecto del Consejo General del Poder Judicial²⁶², puesto que están en sus manos las armas para

²⁶⁰ VACAS GARCÍA-ALÓS, L., y MARTIN MARTIN, G., *Manual de Derecho Disciplinario Judicial*, ed. Aranzadi, Madrid, 2005, pág. 42.

²⁶¹ Es decir, lo que GARCIA DE ENTERRIA define como “anillo periférico a la función jurisdiccional” (en contraposición al “núcleo duro” del Poder Judicial que sería la titularidad exclusiva y excluyente por los Juzgados y Tribunales de la potestad jurisdiccional), que estaría integrado por el conjunto de competencias relativas a la Administración de Justicia, que por un lado, salvaguardan la existencia misma de la función jurisdiccional en las condiciones de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento únicamente al imperio de la ley, exigidas constitucionalmente; y por otro lado, posibilitan que los Jueces y Tribunales den cumplida respuesta al derecho público subjetivo que todos los individuos tienen a obtener su “tutela efectiva” en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”. Vid. GARCIA DE ENTERRIA, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid 1983, Tomo I, pág. 122 y siguientes.

²⁶² Sobre el Consejo General del Poder Judicial, véanse, entre otros, los siguientes trabajos: GERPE LANDIN, M. “*El Gobierno del Poder Judicial en el constitucionalismo europeo continental: Francia, Italia, Portugal y España*”, en A. MONREAL (ed.), *La división de poderes: El Poder Judicial*, Barcelona 1996, págs. 11 y ss.; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. “*El Gobierno del Poder Judicial: los modelos y el caso español*”, Revista de las Cortes Generales, núm. 35, págs. 137 y ss.; TEROL BECERRA, M. J., *El Consejo General del Poder Judicial*, Madrid 1990; ALBERDI ALONSO, C., *El Poder judicial como garante del Estado de Derecho. Mandatos constitucionales y política judicial*, Poder Judicial, número V, especial, pág. 243. GABALDON LOPEZ, *Control democrático del Poder Judicial*, Poder Judicial número XI, especial, pág. 77 y siguientes. AAVV. *El Gobierno de la Justicia: el Consejo General del Poder Judicial*, Congreso Internacional de Derecho Procesal de Castilla y León, septiembre

atacar la independencia, y por lo tanto frente a él hay que establecer las defensas”²⁶³. En este mismo sentido podemos ver a TOMÁS Y VALIENTE²⁶⁴, quién manifiesta que la independencia de Jueces y Magistrados no ha de lograrse sólo frente a los demás poderes del Estado, sino incluso, frente al órgano de gobierno del Poder Judicial. Por otro lado y como ha señalado MARIN CASTAN²⁶⁵, es una paradoja de que haya sido precisamente el nacimiento del CGPJ, legalmente designado para recibir las quejas de los Jueces y Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia (art. 14.1 LOPJ), el que, a su vez ha aportado una nueva faceta a la independencia judicial: la independencia del órgano judicial respecto del propio órgano de gobierno del Poder Judicial²⁶⁶.

Conviene subrayar, de entrada, que el impulso máximo pretendido por nuestra Constitución para la defensa de la independencia judicial reside en la creación del Consejo General del Poder Judicial, con este órgano constitucional se trato de conseguir un gobierno judicial – aunque no un auto-gobierno- con un alto grado de autonomía funcional y destinado con especialidad orgánica a la defensa de esa independencia. Por lo tanto, podríamos decir que si el Consejo General del Poder Judicial no es Poder Judicial (que no lo es) y gobierna al Poder Judicial (que lo gobierna, en colaboración con el Ministerio de Justicia), el Poder Judicial es dependiente del Consejo General. La conclusión es obvia pero necesaria: el Poder Judicial no es independiente visto como conjunto orgánico o, si se quiere, visto como Administración de Justicia. Por ello es importante analizar hasta qué punto la ausencia de independencia orgánica o, más precisamente, el menor grado de independencia orgánica puede incidir negativamente en lo que debiera ser plena independencia funcional. Y por eso también, el papel institucional del Consejo General del Poder judicial se encuentra marcado por una misión aparentemente contradictoria; al gobernar al Poder Judicial lo hace dependiente para que sea independiente de los demás complejos institucionales del Estado. De esta forma es, a la vez, garante de la independencia y de la dependencia judicial. ANDRES

de 1994, coordinador E. PEDRAZ PENALVA, Valladolid, 1996. SANCHEZ BARRIOS, I., Las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial, Salamanca, 1999.

²⁶³ MONTERO AROCA, J. “*La función jurisdiccional y el status de jueces y magistrados*”, ponencia presentada a las Jornadas sobre el Poder Judicial, celebradas en Madrid, abril de 1985, en el Centro de Estudios Constitucionales y publicada en Documentación Jurídica, Tomo XII, Enero-Junio 1985, nº 45-46, Ministerio de Justicia, pág. 101 y ss. También en MONTERO AROCA, Juan “*La función jurisdiccional y el “Status” de Jueces y Magistrados*”, Justicia, 1986, pág. 26.

²⁶⁴ TOMAS Y VALIENTE, *Poder Judicial y Tribunal Constitucional*, Op. Cit., pág. 18. Vid también en el mismo sentido a MOVILLA ALVAREZ, *Responsabilidad del Juez*, en Poder Judicial, número especial V. pág. 160.

²⁶⁵ MARIN CASTAN, *Control democrático y legitimación del Poder Judicial*, Poder Judicial, nº XI, especial, pág. 107.

²⁶⁶ En opinión de GONZALEZ GRANDA, P. *Independencia del Juez y Control de su actividad*. Op. Cit. pág. 12, “no hay tal paradoja, sino que es la consecuencia lógica de la doble función encomendada al CGPJ: por un lado conseguir mayores cotas de independencia institucional del Poder Judicial, sustrayéndose del Ejecutivo aquellas funciones que más podrían enturbiarla, y por otro, servir de instrumento que defienda la independencia del órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función frente a toda clase de injerencia o ataque.

Es decir, no sólo sustrae al Ejecutivo funciones que podrían poner en entredicho la independencia funcional del órgano judicial, sino que, además, es el mecanismo institucional configurado para recabar las quejas de los ataques a la independencia judicial provenientes de sus *administrados*”

IBAÑEZ y MOVILLA ALVAREZ²⁶⁷, expresaban esta idea diciendo que “la Constitución ha concebido al CGPJ como un órgano de garantía, es decir, preordenado al mantenimiento de quienes administran justicia fuera del alcance de otros centros de poder y en condiciones de hacer posible el dictado del artículo 117.1 *in fine* que quiere a los jueces sometidos únicamente al imperio de la ley. De no ser así el CGPJ vendría a reproducir un fenómeno de dependencia como el que está encargado de evitar. De ahí que no le corresponda tampoco ninguna condición de superioridad jerárquica respecto de ningún organismo jurisdiccional”.

Todo ello nos lleva a la reflexión de que todos los sistemas judiciales adoptan un determinado modelo de gobierno (sea gestionado directamente por el poder ejecutivo – modelo francés-, o sea un órgano cuyos miembros son designados por el legislativo – modelo español- o lo sea por los propios jueces –sistema italiano después de la ley de 18 de diciembre de 1967) que impone sus decisiones al aparato judicial. Con lo cual resulta que, cualquiera que sea el modelo, todos los jueces y magistrados independientes dependen de un órgano de Gobierno, y por lo tanto lo que ha de analizarse es, si ese modelo de gobierno incide o no incide en la independencia funcional.

Para salvaguardar la independencia del Juez frente a sus superiores y los órganos de gobierno del Poder Judicial, contempla la LOPJ dos tipos de garantías; la inamovilidad judicial, de la que por su importancia, nos ocuparemos en un epígrafe independiente y las disposiciones contenidas en el art. 12 de la LOPJ, de ambas cuestiones trataremos al abordar los mecanismos de protección de la independencia judicial ante intromisiones externas o internas.

Por otro lado hemos de destacar la importancia del Consejo General del Poder Judicial en la materia que nos ocupa, pues como dice SAMANES ARA²⁶⁸ “la razón de ser del CGPJ es precisamente la de privar al Gobierno de sus funciones sobre el Poder Judicial para transferirlas a un órgano autónomo y separado que ha de velar por la independencia de Jueces y Magistrados”, y como ya hemos dicho con anterioridad, nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia de 29 de julio de 1986 señala que “...Las funciones que obligadamente ha de asumir el Consejo son aquellas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir sobre los tribunales: de un lado, el posible favorecimiento de algunos jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección y la imposición de sanciones. La finalidad del Consejo es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado”. Pero el que esta sea la función del Consejo, no significa que el mismo no pueda llevar a cabo las actuaciones que precisamente intenta evitar produciendo injerencias en la independencia judicial.

5.1.1.1. Intervención de órganos de Gobierno del Poder Judicial. Ascensos, promoción profesional e independencia.

Son numerosísimas las intervenciones de los órganos de gobierno del Poder Judicial (en especial del Consejo General del Poder Judicial y de las Salas de Gobierno), que

²⁶⁷ ANDRES IBAÑEZ, P., Y MOVILLA ALVAREZ, C., *El Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 66 y 67.

²⁶⁸ SAMANES ARA, C., “*Calificación de Jueces y magistrados e Independencia Judicial*”, *Tribunales de Justicia* nº 7, 1997, pág. 747.

pueden afectar a la actuación jurisdiccional de jueces y magistrados, y en definitiva a la independencia con que esta se ha de desarrollar, como ejemplos podemos señalar, entre otros, el Acuerdo del Pleno del Consejo General de 22 de diciembre de 1993, que en el caso en el que un Vocal del Consejo General que promovió actuaciones inspectoras hacia un órgano jurisdiccional por infracción del principio de inmediación, no apreció inquietamiento o perturbación. Asimismo la Comisión Permanente, por Acuerdo de 3 de junio de 1997, resolvió no apreciar tales circunstancias en la propuesta de no renovación de un Juez de provisión temporal efectuada por una Sala de Gobierno.

Como señala GONZALEZ GRANDA, “existen algunos puntos que se revelan como especialmente sensibles desde el punto de vista de la independencia a las intromisiones del Ejecutivo (sic)...se trata de lo relativo a la designación de los cargos judiciales, los nombramientos y ascensos dentro de la carrera judicial, inspección y potestad disciplinaria, así como la designación de los cargos gubernativos de orden interno”²⁶⁹. Y a este respecto especial atención requiere en mi opinión las posibles influencias, incidencias o injerencias, o dicho de una manera más simple, el menoscabo de la independencia de jueces y magistrados, respecto de la actuación de los órganos de gobierno del poder judicial en materia de ascensos²⁷⁰.

Los Jueces y Magistrados tienen sin duda derecho al ascenso y a la promoción profesional, ahora bien ni el ascenso ni la promoción profesional pueden afectar a la independencia judicial de la que ha de disfrutar el Juez en el desempeño de la función jurisdiccional. Y hemos de recordar como puso de manifiesto CALAMENDREI²⁷¹, que ante la expectativa de un ascenso puede existir el peligro de hacer sentencias “doctas” y no “justas”.

Sobre esta cuestión CANOSA USERA²⁷², comentando la STC 204/1994 de 11 de julio RTC 1994\204), en la que aborda la independencia del juez militar, señala que a la Sala Primera del TC lo que le interesa en la resolución referida, es si el Juez a la hora de juzgar es independiente, no le interesa si dicho juez no lo es en otro momento de su vida profesional como militar o si los cambios de destino por ascenso le pueden hacer perder su condición de Juez, mostrándose dicho autor muy crítico con esta postura de la Sala, por cuanto que el ascenso o cambio de destino de este tipo de jueces deja en manos del ejecutivo la posibilidad de eliminarlos y/o desafectarlos de determinados asuntos, y esta mera posibilidad es objetivamente una amenaza para la independencia del Juez. Razón

²⁶⁹ GONZALEZ GRANDA, P. *La independencia del Juez y control de su actividad*, Op. Cit. pág. 52.

²⁷⁰ En este sentido XIOL RIOS, GONZALEZ RIVAS, RODRIGUEZ ZAPATA PEREZ, *El poder judicial y su Consejo General en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Poder Judicial, 1990. pág. 53: “Toda vez que las expectativas de ascenso, como tantas veces se ha puesto de relieve, son susceptibles de condicionar la labor de todo funcionario judicial por el deseo de hacer grato a quienes tienen en su mano su promoción...”. Vid también MARIN CASTAN, F., *Control democrático y legitimación del Poder Judicial*, Op. Cit., pág. 109, que señala en relación a la arbitrariedad en la que se puede incurrir en relación a nombramientos no reglados de determinados cargos judiciales, que es un “temor nada infundado por cierto, pues algunos acuerdos del CGPJ en esa materia, a fuerza de discrecionalidad, han caído en la categoría de lo impenetrable”.

²⁷¹ CALAMENDREI, *Proceso y Democracia*.... Op. cit. pág. 100.

²⁷² CANOSA USERA, R. “A propósito de la independencia del juez militar” (Comentario a la STC 204/1994 de 11 de julio). *Revista Poder Judicial* nº 37, págs. 345-351.

por la cual nosotros hemos de convenir que el derecho al ascenso y a la promoción profesional, siendo un derecho del juzgador precisa de las garantías necesarias para no convertirse en un mecanismo de intervención del ejecutivo en el quehacer judicial quebrando la independencia judicial.

Y es que como se ha señalado²⁷³, la independencia judicial se encuentra con notables dificultades estructurales, distinguiéndose dos obstáculos fundamentales; uno primero sería la “configuración burocrática del cuerpo judicial como *carrera*”, con la situación de, en principio, cierta dependencia de jueces y magistrados individualmente considerados respecto de aquellos que tienen la facultad de decidir sobre su “vida profesional”, y en segundo lugar tendríamos la relación de la organización judicial en sí con el poder ejecutivo a través del Ministerio de Justicia (por ello la doble vertiente de la independencia judicial: independencia “interna” de los jueces e independencia “Externa” de la magistratura).

Como ya hemos señalado anteriormente la razón del CGPJ, es sustraer al Gobierno, al ejecutivo, de sus funciones sobre el poder judicial, para transferirlas a un órgano autónomo y separado que ha de velar por la independencia de los jueces y Magistrados. Como recoge SAMANES ARA²⁷⁴, uno de los importantes logros del sistema actual de autogobierno de la magistratura es la administración de medios personales, pues mediante ella, el poder ejecutivo hasta hace relativamente poco atentó impunemente contra la independencia de los jueces, y como dice RODRIGUEZ AGUILERA²⁷⁵, “cuando la vida administrativa en general del juez, y los nombramientos para los altos cargos, en particular, quedan en manos de la administración, surge inevitablemente un claro peligro para la independencia y una frecuente actitud de sumisión para el logro de una brillante carrera profesional”.

No obstante lo referido hay que hacer constar, como ya hemos señalado con anterioridad, que el hecho de que lo que otrora estuviera en manos del ejecutivo, y ahora es competencia del Consejo General del Poder Judicial no significa que se lleve a cabo un uso correcto de las competencias y facultades asumidas, puesto que los mismos riesgos de menoscabo de la independencia judicial que antes eran propios de ejecutivo ahora son predicables del Consejo General del Poder Judicial²⁷⁶.

Todo esto ha llevado a autores como MONTERO AROCA a decir que desde 1978 “los años han pasado y la autonomía del Poder Judicial se ha reducido hasta el extremo de que puede decirse que hemos vuelto a la Administración de Justicia”²⁷⁷ e

²⁷³ BUSTILLO BOLADO, R. O., “*El autogobierno del Poder Judicial en Europa. Breve Estudio de derecho comparado*”, en Revista Poder Judicial, número 37, 1995, págs. 55-77. Vid. también P. ANDRES IBAÑEZ Y C. MOVILLA ALVAREZ, *El Poder Judicial*, Op. Cit. págs. 29-31.

²⁷⁴ SAMANES ARA, C., “*Calificación de Jueces y Magistrados e Independencia judicial*”, Tribunales de Justicia n° 7, 1997, pág.748.

²⁷⁵ RODRIGUEZ AGUILERA, *El Consejo General del Poder Judicial*, ed. Bosch, Barcelona 1980, pág. 9.

²⁷⁶ Vid. MONTERO AROCA, J., *Independencia y responsabilidad del Juez*, Op.Cit. págs. 165 y ss. Y GONZALEZ GRANDA, *Independencia del Juez y control de su actividad*, Op. Cit., pág. 97.

²⁷⁷ MONTERO AROCA, J. *Independencia y responsabilidad del Juez*. Op. Cit. págs. 185 y 215.

incluso a “una independencia judicial vigilada”²⁷⁸. Es por ello que GABALDON LOPEZ, señala que “las distintas modificaciones legislativas han abierto paso a una injerencia explícita de los órganos gubernativos (aunque se trate del Consejo General) en el contenido jurisdiccional de las resoluciones, porque incluso algunas de las nuevas faltas ofrecen esa posibilidad (reflexiónese, si no, acerca de los números 12 del art. 417; 7 y 11 del art. 418; 5 del art. 419....)”²⁷⁹.

5.1.1.1.1. Nombramiento en régimen de discrecionalidad.

De todas las actividades que despliega el Consejo General del Poder Judicial sobre los jueces, a los que administra, la actividad de nombramiento en régimen de discrecionalidad es sin duda de las más relevantes²⁸⁰, y ello no sólo por la incidencia en la propia estima de dichos Jueces, sino por lo que implica para sus expectativas de carrera²⁸¹. Considera ANDRES IBÁÑEZ²⁸² que la política de nombramientos conlleva una valoración pública, ya sea positiva o negativa, de las capacidades, preparación y actuaciones del solicitante, siendo esta una condición que todos los miembros del escalafón tienen alguna vez. Y se trata de “una apreciación mediante la que, objetivamente, se propone y promueve (e implícitamente se descalifica) algún modelo de juez”. Es por ello que considera que los criterios de que se haga uso en la política de nombramientos tienen sin duda eficacia paranormativa en relación con los comportamientos de los jueces, que naturalmente tienen una expectativa de carrera.

²⁷⁸ En contra, vid VACAS GARCÍA-ALÓS, L., y MARTIN MARTIN, G., *Manual de Derecho Disciplinario Judicial*, Op.Cit. , pág. 74, piensan que la situación no es preocupante en la actualidad y así señalan que “las decisiones que el Consejo tome en materia disciplinaria están sometidas al control de los Tribunales, en concreto del Tribunal Supremo. Como se puede observar, se ha establecido un complejo sistema de poderes y contrapoderes que trata de configurar una trama equilibrada de relaciones de poderes entre los titulares de cada uno de ellos, sin que ninguno de ellos tenga una supremacía sobre todos los demás. Se produce una interpenetración asimétrica en sus funciones: un poder nombra o designa a los titulares de otro, quienes designan a su vez a los titulares de un tercero, a quienes controlan en su esfera profesional, pero no en el ejercicio de su función primordial, y estos últimos, a su vez, controlan determinadas esferas de la actividad de los anteriores”.

²⁷⁹ GABALDÓN LÓPEZ, J. *Responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados*, Revista La Ley, nº 3, 1995, págs. 999-1000. Las referencias que hace este autor a los números 7 y 11 del art. 417 de la LOPJ, se tienen que entender hoy hechas a los números 8 y 12 del mismo precepto legal, después de la reforma de la LO 19/2003.

²⁸⁰ De ahí los conflictos judiciales que se plantean en torno a la temática de los nombramientos. Vid a modo de ejemplo, STS Sala Tercera, Sección 7ª de 22 de enero de 2008 (RJ 586\2008); STS Sala Tercera, Sección 1ª de 27 de noviembre de 2007 (RJ 794\2008); STS Sala Tercera, Sección 1ª, Sentencia de 27 de noviembre de 2007, (RJ 794\2008); ATS, Sala Tercera, Sección 1ª, de 27 de noviembre de 2006 (RJ 524\2007); STS Sala Tercera, Sección 1ª de 29 de mayo de 2006 (RJ 3053\2006), etc.)

²⁸¹ Vid en el mismo sentido a DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 124: “El problema que plantea la existencia de una Carrera Judicial en cuanto a la independencia del Juez –la utilización de los ascensos como premios- se ha resuelto en nuestro derecho para la mayor parte de los destinos mediante procedimientos reglados en los que se elimina por completo o se reduce al mínimo el margen de discrecionalidad. Esto y no la atribución del Poder decisorio al Consejo General, es la garantía de que la independencia del Juez quede asegurada también frente al posterior enjuiciamiento de su labor en el desarrollo de la función jurisdiccional. Pero al mismo tiempo ese carácter objetivo de la selección se ha establecido según criterios que no siempre favorecen la calidad técnica de la justicia.”.

²⁸² ANDRES IBÁÑEZ, P., *Racionalizar (y moralizar) la política de nombramientos*, Jueces para la Democracia, nº 52, marzo 2005, pág. 12.

Entiende este autor que los miembros del Consejo en la materia que nos ocupa habrían de desempeñar su labor con probidad, imparcialidad y equilibrio, pues ello sería un referente ético y un estímulo para todos los jueces y Magistrados, puesto que de lo contrario, cualquier forma de arbitrariedad o de uso no justificado de la discrecionalidad en esta materia sería origen de desmoralización para los jueces y magistrados a la vez que gravemente deslegitimadora para el Consejo.

Dice ANDRES IBAÑEZ, que “no es nada exagerado decir que, en la actualidad, y prácticamente desde el inicio de la andadura del órgano se está en esta segunda situación. Ello debido a que la política de nombramientos se ejerce en un marco de práctica ausencia de autorregulación, en el que impera la discrecionalidad incontrolada, abierta con la mayor frecuencia al juego de factores de oportunidad y a la discriminación por razones de adscripción asociativa o puramente ideológicas, que es como decir políticas”²⁸³. Comenta sin ambages que en la apertura de los correspondientes procesos de selección asistimos a un verdadero tráfico de influencias, que califica directamente de política, o político partidistas, lo que da lugar a que esta forma de gestionar esta área no asegure la promoción de los mejores, en un claro perjuicio de la calidad, moral y técnica, de la justicia²⁸⁴.

Considera HERNANDEZ GARCÍA²⁸⁵, que el sistema de nombramiento de altos cargos judiciales español se caracteriza “por su oscuridad, su insuficiencia regulativa y su intrínseca disfuncionalidad”, por ello en su opinión “una de las causas más importantes de la grave crisis del modelo de autogobierno judicial reside, precisamente en el inasumible estado de cosas que afecta al sistema de nombramientos”

La LOPJ reconoce al CGPJ la competencia en materia de nombramientos discrecionales, y ha sido la LO 2/2004 de 28 de diciembre²⁸⁶, la que ha modificado los requisitos necesarios para efectuar la propuesta de nombramiento de los siguientes cargos judiciales: de los Magistrados del Tribunal Constitucional del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo, del Vicepresidente de este último, de los Presidentes

²⁸³ ANDRES IBAÑEZ, Perfecto, *Racionalizar (y moralizar) la política de nombramientos*, Op. Cit. Ibidem.

²⁸⁴ Por ello señala ANDRES IBAÑEZ, que “no es infrecuente que magistrados muy reconocidos por su trabajo jurisdiccional y, en ocasiones, también doctrinal, resulten postergados frente a otros de notable menor cualificación, en virtud de criterios implícitos que nada tiene que ver con los valores y con la ejecutoria profesional”. ANDRES IBAÑEZ, Perfecto, *Racionalizar (y moralizar) la política de nombramientos*, Op. Cit. Ibidem.

²⁸⁵ HERNANDEZ GARCIA, J. *El sistema de nombramientos*, Jueces para la democracia, nº 57, noviembre 2006, pág. 74.

²⁸⁶ Esta ley tiene su origen en una Proposición no de Ley presentada ante el Congreso de los Diputados, en el mes de octubre de 2004 por los grupos parlamentarios Socialista, de Izquierda Republicana de Cataluña y de Izquierda Verde-Izquierda Unida (Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados. Congreso. 10 de septiembre de 2004. Serie D. Núm. 65). El gobierno impulsó la tramitación como Proyecto de Ley, reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial con el objeto de incrementar el número de votos necesarios en el seno del Consejo para todos los nombramientos a lo que hace referencia la LO 2/2004, con exclusión de los Presidentes de las Audiencias Provinciales, y otras cuestiones. En definitiva se convertía la mayoría necesaria desde la promulgación de la Ley Orgánica para la provisión de estos cargos discrecionales, y que era la mitad más uno de los miembros del Pleno, en una mayoría reforzada de tres quintos, computada sobre la totalidad de los miembros que componen el Pleno.

de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo, de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y del Magistrado del Tribunal Supremo, titular y sustituto (Sala 2ª o 3ª), competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.2 y 3 de la CE. En concreto los requisitos que se exigen son:

- 1) Mayoría cualificada: sobre la base de los veintiún miembros que componen el CGPJ, se exigirá en cada caso una mayoría favorable de 3/5.
- 2) Discrecionalidad limitada: El Pleno del CGPJ velará, en todo caso, por el cumplimiento de los principios de mérito y capacidad a la hora de efectuar la propuesta de nombramiento. Para la propuesta de nombramiento de los demás cargos de designación discrecional no rigen tales limitaciones.

Hemos de hacer constar que la LO 2/2004 de 28 de diciembre, en su exposición de motivos, justifica la reforma que se lleva a cabo en base al reforzamiento de la independencia judicial y la mejora de la calidad de la justicia, asimismo señala que “pretende potenciar al Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, y a las Presidencias de los Tribunales Superiores como los órganos judiciales en los que culmina la organización judicial de la Comunidad Autónoma, velando por el prestigio de las instituciones y la cualificación de sus miembros”, asimismo continua diciendo que “se pretende fortalecer el mérito y la capacidad como las razones esenciales del nombramiento y acceso al Tribunal Supremo y a las Presidencias de los Tribunales Superiores de Justicia, evitando la aplicación de un sistema de mayorías que no contribuye a crear una justicia de calidad, pues perjudica su imagen, puede enturbiar la independencia y comprometer el diseño constitucional sobre la posición del Tribunal Supremo”. Asimismo expresa el legislador que la posición del Tribunal Supremo se dignifica si al nombramiento de sus Magistrados se aplicara la fórmula del consenso.

RODRIGUEZ PADRÓN²⁸⁷, lleva a cabo una defensa del sistema discrecional anterior a la reforma de la LO 2/2004 pues considera que el valor de la independencia judicial reside en todos y cada uno de los miembros de la Carrera Judicial, con independencia de la índole de su nombramiento, por tanto no hay motivos para considerar que quien haya sido nombrado discrecionalmente desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1985 defrauda la independencia judicial que esta obligado a observar, y tampoco le convence el argumento de que una mayoría reforzada como la que esta reforma viene a instaurar contribuya, a través del consenso a un mejor contraste de los méritos y capacidad de los aspirantes a este tipo de nombramientos.

Mucho más drástico se muestra el informe aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en sesión extraordinaria de 13 de octubre de 2004, en el que se habla de que es una ley intempestiva, paradójica, debida al descontento del Gobierno con los nombramientos producidos en el seno del CGPJ, y es más se afirma de forma literal en el informe que el autor de la exposición de motivos “autoinvestido paladín de la independencia judicial, estima que el enemigo a batir en primer lugar, en un arrebatado de vindicación constitucional, sino de legítima defensa ajena, no es otro que el mismo

²⁸⁷ RODRIGUEZ PADRON, Celso, *La conformación del Poder Judicial*. Ed. Dijusa, Madrid 2005, pág. 156.

Consejo General del Poder Judicial”. No es de extrañar pues, a la vista de lo expuesto, la polémica que se suscitó y que quedó patente incluso en las incidencias surgidas en su tramitación y aprobación²⁸⁸, y posteriormente en sus resultados²⁸⁹. A la postre y como consecuencia final se produce una pérdida de credibilidad de la sociedad en la justicia, pues de la generalización de la idea de la politización del CGPJ se pasa a la de politización de la justicia, y, finalmente a la politización de la función judicial.

Los principios de mérito y capacidad han de ser la base sobre la que se asiente cualquier decisión sobre la provisión de cargos relacionados con la Carrera Judicial, lo cual no puede ser de otra manera si atendemos a lo dispuesto en el art. 326.1 LOPJ que dice que “el ascenso y promoción profesional de los jueces y magistrados dentro de la Carrera Judicial estará basado en los principios de mérito y capacidad, así como en la idoneidad y especialización para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales correspondientes a los diferentes destinos”. Esto cobra especial relevancia respecto de los nombramientos que podríamos denominar discrecionales, puesto que para estos la decisión se fundamenta en valoraciones más flexibles, mientras que para los que podríamos denominar nombramientos reglados, sus circunstancias, requisitos y elementos determinantes se encuentran recogidos de manera expresa en la Ley o en sus correspondientes reglamentos de desarrollo.

La elección del mejor de entre los aspirantes a un puesto de nombramiento discrecional, atendiendo a su trayectoria acreditada, a sus méritos e idoneidad, no siempre es fácil, puesto que en muchas ocasiones existe similitud de méritos entre los candidatos, o los criterios que se utilizan son muy subjetivos, y todo ello ha dado lugar a una polémica constante, y a la modificación del artículo 74 del Reglamento 1/1986, de 22 de abril de organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, el cual en su apartado dos refiere los elementos que como mínimo habrá de contener el informe de la Comisión de Calificación,²⁹⁰ y que recoge lo dispuesto en las STS de 29 de mayo de 2006 (RJ 3053\2006), y 27 de noviembre de 2007 (RJ 2008\794).

²⁸⁸ Recordemos que la Ley se desarrolló por el trámite de urgencia y mediante el procedimiento parlamentario de lectura única. El anteproyecto fue remitido para informe al Consejo por vía de urgencia, denegándose por el Gobierno la prórroga solicitada a tal efecto. El Congreso de los Diputados acordó tramitarlo como hemos dicho por el cauce de lectura única con lo que se evitaba el paso por la Comisión y la discusión de enmiendas. El día 25 de noviembre de 2004, fracasa la votación del proyecto en el Pleno del Congreso por ausencia de diputados socialistas, por lo que es devuelto al gobierno. Este celebra un Consejo de Ministros extraordinario el 29 de noviembre con un único punto: aprobar nuevamente el proyecto de ley, el que se remite por segunda vez al Congreso y el 2 diciembre se aprueba otra vez la tramitación del proyecto mediante lectura única. Se aprueba el 9 de diciembre y se remite al Senado, en el que quedó aprobada la reforma por ausencia de un solo senador del Partido Popular. Como dice RODRIGUEZ PADRÓN, el tema de los nombramientos dentro de las competencias del Consejo General del Poder Judicial, ha sido desde hace mucho tiempo uno de los puntos que suscitan mayor polémica.

²⁸⁹ Los primeros nombramientos que se sometieron al Pleno del Consejo General del Poder Judicial aplicando la ley orgánica 2/2004 recién aprobada, fueron un absoluto fracaso, tres presidencias de Sala del Tribunal Supremo resultaron rechazadas por no alcanzarse el número mínimo de votos necesarios y se procedió de nuevo a su convocatoria en el Boletín Oficial del Estado. RODRIGUEZ PADRON, C., *La Conformación del Poder Judicial*, Ed. Difusa, Madrid 2005, pág. 154.

²⁹⁰ Dicha modificación se llevó a cabo por Acuerdo del 25 de junio de 2008 (BOE de 10 de julio) del Pleno del CGPJ. En concreto el artículo 74.2 del Reglamento de Organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial señala que “El informe de la Comisión de Calificación contendrá, 1º Exposición general descriptiva de los méritos y el perfil que se consideren adecuados para la plaza

Ejemplo paradigmático de todo esto que estamos hablando, es por ejemplo lo que sucede en el caso de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en particular cuando las actuaciones de selección tienden a promover una cierta correlación de fuerzas, a veces incluso ante el próximo enjuiciamiento de una causa concreta, buscando incidir en él.

Recientemente es lo que ha sucedido en el denominado caso “Gómez Bermúdez”, que comenta sistemáticamente IGARTUA, partiendo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006 (STS 3171/2006), abordando el segundo nombramiento del Juez Gómez Bermúdez y la segunda anulación de dicho nombramiento (La Sala Tercera resolvió mediante el oportuno Auto, el incidente de ejecución promovido por el magistrado Garzón), y abordando también por último el tercer nombramiento Acuerdo del Pleno del CGPJ de 17 de enero de 2007, y el nuevo recurso. Como vemos una situación no muy edificante para el estado de la justicia²⁹¹.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de la Sala 3ª, de 29 de mayo de 2006 (RJ 3053/2006) anuló el nombramiento del Juez Gómez Bermúdez como Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por considerar, fundamentalmente, que la decisión carecía de la mínima motivación exigible, de esta forma con esta resolución judicial, en su fundamento jurídico quinto, se rompe con su precedente, la sentencia de 30 de noviembre de 1999 del TS (RJ 2000/ 3203), que admitía la práctica del CGPJ en materia de designaciones con absoluta arbitrariedad,²⁹² así pues la STS de 29 de mayo de 2006, entiende que la Constitución no puede admitir que el nombramiento de altos cargos judiciales se base en criterios de confianza en atención a apreciaciones de oportunidad política, afinidad profesional o adscripción ideológica. Por el contrario la decisión “debe venir basada en razones exclusivas de aptitud profesional para el desempeño del puesto concernido, que podrán tener en cuenta, por supuesto, no sólo la formación y experiencia técnico-jurídica sino también la aptitud personal de la labor de dirección de la gestión inherente al órgano, pero que en todo caso deberán ser asequibles y explicables desde la perspectiva de los principios constitucionales de mérito y capacidad”. Por otro lado el TS entiende que si bien el modo de designación no

anunciada....2º Descripción de los materiales empleados como fuentes de información, elaborada a partir de los méritos aportados por los peticionarios y de los datos obrantes en el Consejo General del Poder Judicial. 3º Resumen de los trámites cumplidos por el Consejo General del Poder Judicial para facilitar el cumplimiento del principio de igualdad, como reseña, en su caso, de las incidencias que se hubieran producido. 4º Justificación de la Composición de la terna, con indicación de las circunstancias apreciadas en sus integrantes que fundamentan su superior idoneidad para ocupar la plaza anunciada, con expresión de las razones por las que de forma contrastada se les otorga preferencia sobre las actividades de índole semejante concurrentes en los demás aspirantes, así como los elementos que permitan controlar que no se hayan producido discriminaciones por razón de género....”.

²⁹¹ Cfr. IGARTUA SALAVERRIA, J. *El caso Gómez Bermúdez. Motivación de nombramientos discrecionales (posterioridades de la STS 317/2006)*, Jueces para la Democracia, número 58, marzo 2007. Págs. 23-32.

²⁹² En concreto esta STS de 30 de noviembre de 1999 (RJ 2002/ 3203), afirmaba “que ante la ausencia de preceptos que establezcan cualquier tipo de normas o criterios de valoración o calificación de los méritos que, en su caso, invocaran o acreditaran los candidatos resulta obvio que el nombramiento discrecional sólo podría apoyarse en la existencia o inexistencia de motivos de confianza que el órgano de Gobierno podía apreciar libremente sin necesitar que su voluntad se exprese previa exposición de los motivos en virtud de los cuales prefiere a una persona determinada, con la consecuente imposibilidad de fiscalizar por la vía del recurso...”.

puede calificarse como de concurso en sentido estricto o tradicional del término por no venir su resultado por criterios reglados, sin embargo deben serle de aplicación criterios de discrecionalidad técnica basados en el mérito y la capacidad.

No obstante lo mencionado anteriormente respecto de la innovación jurisprudencial que suponía la STS de 29 de mayo de 2006, esta pareció tocar a su fin visto el razonamiento del Auto de 23 de febrero de 2007 por el que la Sala 1ª (JUR 2007\80284) desestimaba el recurso contra un tercer nombramiento del CGPJ para cubrir el puesto de Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Pero he aquí que nuevamente el Pleno de la Sala en una nueva resolución de 27 de noviembre de 2007 (RJ 2008\794) no sólo mantiene la línea de la sentencia de 29 de mayo de 2006, sino que incluso explicita y aclara aspectos que no quedaron del todo claros en dicha resolución.

La STS de 27 de noviembre de 2007, ha sido objeto de distintos comentarios y análisis, tanto desde una óptica negativa como de una visión más contextualizada pero no por ello exento de crítica²⁹³. En esta resolución judicial se pone de manifiesto que los actos “objeto de impugnación en este proceso no fueron debidamente motivados desde el parámetro que significan los principios de igualdad, mérito y capacidad” (F.J.5º). IGARTUA SALAVERRÍA²⁹⁴ considera que la sentencia despliega argumentos de tipo generalista que “ambicionan valer, con carácter universalizado, para todos los nombramientos discrecionales que efectúe el CGPJ”. En definitiva la Sala deja claro (FJ 8º) que aún siendo amplísima la libertad de la que dispone el CGPJ para los nombramientos judiciales “esa libertad no es absoluta”, tiene unos límites que constituyen un mínimo inexcusable y “están constituidos por unas exigencias que resultan imprescindibles para demostrar que el ejercicio de esa potestad respetó éstos mandatos constitucionales”, estos límites señala la Sala que son:

- “que el acto de nombramiento no fue mero voluntarismo y cumplió debidamente con el imperativo constitucional de interdicción de arbitrariedad (art. 9.3 CE).”
- “que respetó, en relación a todos los aspirantes el derecho fundamental de todos ellos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE)”.
- “que el criterio material que finalmente decidió el nombramiento se ajustó a las pautas que encarnan los principios de mérito y capacidad (...) expresamente proclamados por el artículo 326.1 LOPJ y, sobre todo, presentes en el artículo 122.1 de la propia Constitución”.

²⁹³ Vid. MARTINEZ-CALCERRADA Y GOMEZ, L. *La Patología de una sentencia (a propósito de la dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007)* Diario La Ley, 208, nº 6976, pág. 7-8. DESDENTADO DAROCA, E. *Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial. Un análisis crítico.* Revista Española de Derecho Administrativo 2008, nº 139, págs. 555-573. SERRA CRISTOBAL, R. *El Consejo General del Poder Judicial y los nombramientos discrecionales de magistrados*, Págs. 237-275, en *El Poder Judicial*, VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, (Coordinador REVENGA SÁNCHEZ, M.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

²⁹⁴ IGARTUA SALAVERRÍA, J. *Nombramientos de cargos judiciales (Desconcertante jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo)*, Jueces para la Democracia, nº 63 nov. 2008, pág. 26. Vid. También sobre este asunto y del mismo autor *La motivación en los nombramientos discrecionales*, Mozón-Civitas, Cizur Menor, 2007.

Y una vez delimitados los límites de la potestad discrecional del CGPJ por la Sala, dicho órgano jurisdiccional traduce estos límites en exigencias de carácter sustancial y formal respectivamente.²⁹⁵ En definitiva parecía que con la Sentencia del TS de 27 de noviembre de 2007, se clarificaba la situación y se consolidaba una línea jurisprudencial, pero he aquí que ve la luz la Sentencia de 21 de enero de 2008 (RJ 2008\426) también del Tribunal Supremo, en concreto de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo, por la que por unanimidad se toma un rumbo distinto a la de las resoluciones antes mencionadas STS de 27 de noviembre de 2007, y 29 de mayo de 2006, que supone, desandar el camino²⁹⁶, lo que ratifica y alimenta la polémica que esta cuestión genera, y a la que nos hemos referido más arriba.

5.1.1.1.2. Elementos necesarios para una reforma.

En los nombramientos y ascensos en la carrera judicial se hace necesario concretar y objetivizar los perfiles de los puestos de trabajo, mediante la individualización de sus rasgos más destacados que habrá de tenerse en cuenta en los procesos de selección, y asimismo es esencial considerar de manera objetiva los criterios de evaluación, siendo mérito prioritario la capacidad de independencia y la profesionalidad acreditada en el ejercicio de la jurisdicción.

Dice MARTINEZ ALARCÓN²⁹⁷, hablando de los nombramientos de magistrados del Tribunal Supremo, que nosotros hacemos extensivo al resto de nombramientos, “que las tesis mayoritarias de la doctrina actual en España, si bien no cuestionan la presencia de discrecionalidad del Consejo para decidir en esa materia, plantean, sin embargo, la necesidad de sujetar sus propuestas discrecionales de nombramiento a unos criterios y a un sistema de valoración que responda realmente a la cualificación jurídico-técnica de los puestos vacantes que están llamados a ser ocupados”.

Otra cuestión es como se valora o evalúa la capacidad de independencia y la profesionalidad acreditada, puesto que nos podríamos preguntar que es la profesionalidad, que sin duda es algo más que tener habilidades técnicas y capacidad de despachar o mover una carga de trabajo, es decir no se puede entender la productividad en términos cuantitativos de “baremo”. Por último también sería necesario que la actividad de evaluación para la resolución de los concursos estuviera en manos de personas no implicadas en su resolución.

Lo que sin duda sería deseable evitar es que el desempeño de ciertos cargos (gubernativo-judiciales o políticos) esté ligado a una especie de escalafón dentro del

²⁹⁵ Cfr. FJ 8º STS de 27 de noviembre de 2007 (RJ 2008\794). La exigencia sustantiva obligaría al Consejo a “identificar claramente la clase de méritos que ha considerado prioritarios para decidir la preferencia determinante de nombramiento”, y la exigencia formal se articula en “expresar las fuentes de conocimiento que haya manejado (el Consejo) para indagar cuáles podrían ser esos méritos en el conjunto de los aspirantes”, “asegurar que el criterio de selección de esas fuentes (...) ha observado rectamente el principio constitucional de igualdad”, y “precisar las concretas circunstancias consideradas en las personas nombradas para individualizar en ellas el superior nivel de mérito y capacidad que les hace a ellas más acreedoras para el nombramiento”.

²⁹⁶ IGARTUA SALAVERRÍA, J. *Nombramientos de cargos judiciales (Desconcertante jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo)*, Jueces para la Democracia, nº 63 nov. 2008, pág. 28.

²⁹⁷ MARTINEZ ALARCÓN, M. L., “*El nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo*”, Jueces para la Democracia nº 52, marzo 2005, pág. 31-40. Pág. 35.

escalafón, es decir una ventaja adicional y posicional en dicho escalafón que suponen una especie de premio añadido con la obtención de una mejor posición o cotización en los concursos para cubrir determinadas plazas.

Por otro lado y conectado con el ascenso y promoción profesional, hemos de mencionar la necesidad de cumplir el deber legal de motivar los nombramientos²⁹⁸, como ya hemos referido anteriormente al tratar la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006 (Fundamento Jurídico 5º). Motivar y argumentar no significan otra cosa que justificar, y justificar significa dar razones que permitan el control de los procesos de toma de decisiones. Y la decisión, siguiendo a IGARTUA²⁹⁹, además de completa, congruente, inteligible y suficiente, debe contener una justificación interna y externa. Por la primera, se entiende la que da cuenta de la coherencia entre las premisas de la decisión (fáctica y normativa) y la decisión misma. La segunda, la justificación externa, es la que exterioriza los argumentos que explican la selección de las premisas.³⁰⁰ En definitiva la motivación constituye, en fin, la garantía de que se ha actuado racionalmente (no arbitrariamente).

Dice el art. 137.5 de la LOPJ que “Los acuerdos de los órganos del Consejo siempre serán motivados”³⁰¹, por lo que no cabe duda de que este imperativo legal, que alcanza a todos los acuerdos, han de ser cumplido necesariamente, y es por ello que sorprende que no se observe esta disposición legal en los acuerdos de nombramiento.

Habida cuenta que en los acuerdos de nombramiento se ha de decidir, y que esa decisión ha de responder a una serie de razones, lo lógico es que esas razones, esos motivos puedan ser conocidos por todos, pues ello se conforma como garantía del deber de nombramiento desde dos perspectivas. Una primera desde los afectados por las decisiones, y la ciudadanía, que tienen derecho a conocer la *ratio decidendi* que las inspira. Y desde una segunda perspectiva, porque situarse ante una serie de elementos de juicio con honestidad intelectual requiere actuar únicamente dentro del espacio de lo justificable, lo cual es lo más acertado para no caer ni en la arbitrariedad ni en el error.

Hechas las consideraciones anteriores, el mantenimiento de la falta de motivación de los acuerdos de nombramiento, nos puede llevar a considerar que existe un interés de mantener y dibujar un ámbito de poder sin control, ilegítimo, en el que campa a sus anchas la arbitrariedad y la injusticia.

Establecer un sistema de acreditación y valoración de los méritos para decidir sobre el nombramiento para el puesto atendiendo a la cualificación de los candidatos, implica

²⁹⁸ En relación a esta cuestión véase BACIGALUPO SAGGESE, M., “En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de los órganos colegiados: ¿Debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?”, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 107, julio-septiembre 2000, págs. 414-415.

²⁹⁹ IGARTUA SALAVERRIA, J. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Editorial Civitas, Madrid, 1998.

³⁰⁰ Por ejemplo, qué datos han sido utilizados para construir el presupuesto fáctico sobre el que se ordenará la consecuencia jurídica del acto que se adopta.

³⁰¹ Este apartado fue introducido por la LO 16/1994 de 8 de noviembre.

reconocer que la actividad del Consejo General del Poder Judicial, en este aspecto, es susceptible de fiscalización, y por ende, de control jurisdiccional ordinario. Y en tanto en cuanto la motivación hace efectivo el control, será necesario aportar los argumentos, materiales y formales, en virtud de los cuales se ha optado por uno de los candidatos aspirantes al cargo discrecional³⁰². El principio de transparencia que debe presidir la actuación administrativa, la necesidad de facilitar el control del acto administrativo y la verificación de su adecuación al fin perseguido obligan a motivar, al menos, siempre que se trate de actos con proyección externa o en los que resulten afectados derechos e intereses del ciudadano.

5.1.1.2. La Comisión de Calificación del CGPJ.

Centrándonos en la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial y en su actividad³⁰³, regulada en la sección VI del capítulo IV, del libro II de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo art. 134.1 establece su composición: “anualmente, el Pleno del Consejo General procederá a designar los componentes de la Comisión de Calificación, que estará integrada por cinco miembros, elegidos en la misma forma establecida para la Comisión Disciplinaria”³⁰⁴, a la que corresponde (art. 135 LOPJ), informar en todo caso, sobre los nombramientos de la competencia del Pleno, excepto el nombramiento del Magistrado del Tribunal Supremo previsto en el art. 127.4 de la LOPJ. La competencia de la Comisión de Calificación conlleva sin duda alguna el conocimiento de las circunstancias profesionales y relativas a la conducta del personal judicial al que se refieren sus actividades, habida cuenta de que la comisión tiene como finalidad informar de los nombramientos no estrictamente reglados, es decir aquellos que son competencia del pleno³⁰⁵. Hemos de tener en cuenta que junto al

³⁰² Es decir, se debe aportar los argumentos sobre la competencia para adoptar la medida y la observancia del procedimiento debido y también los criterios en los que se fundó la decisión; BACIGALUPO SAGGESE, M., “*En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de los órganos colegiados. ¿Debe el Consejo General del Poder Judicial...?*”, op. Cit. págs. 417-420. La discrecionalidad técnica “no sólo no exime sino que es precisamente la que exige la motivación del acto adoptado en su virtud”, *Ibídem*, pág. 418. “Salvo quizás en el supuesto de actos favorables, reglados, y que no limiten intereses de terceros, prácticamente, todos los actos deben ser motivados”; FERNÁNDEZ MONTALVO, R., “*Funciones consultiva, informativa, y resolutive del Consejo General del Poder Judicial*”, en AA.VV., *El gobierno de la justicia. El Consejo General del Poder Judicial*, Universidad de Valladolid, 1996, pág. 139. A favor de la motivación de cualquier nombramiento discrecional en la carrera judicial se muestra también MARTÍNEZ MUÑOZ, F., “*Tema para el debate: el Consejo General del Poder Judicial*”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 4, 1992, pág. 130.

³⁰³ Vid. SAMANES ARA, C., “*Calificación de Jueces y Magistrados e Independencia judicial*”, Op. Cit., págs.747-750. Vid también a DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 126 y 127.

³⁰⁴ Recordemos que el art. 132 de la LOPJ, al que se remite el art. 134 LOPJ, establece que el Pleno del Consejo General elegirá anualmente, por mayoría de tres quintos, de entre sus vocales, a los componentes de la Comisión Disciplinaria que estará integrada por cinco miembros. Tres de ellos, elegidos entre los vocales que pertenezcan a la Carrera Judicial, y los dos restantes, ajenos a ésta.

³⁰⁵ De la mencionada Comisión de Calificación se ocupan los artículos 71 a 78 del Reglamento 1/1986 de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, señalando en el artículo 74 que “En los nombramientos de la competencia del Pleno, la comisión, producida la vacante procederá a elaborar una relación de al menos tres candidatos para el cargo de que se trate, entre los cuales podrán figurar quienes, reuniendo los requisitos legalmente establecidos no hubieran formulado solicitud, siempre que se haya recabado y obtenido su aceptación.

Esta relación se distribuirá a todos los miembros del Consejo en unión de la lista de peticionarios de la plaza. Dentro de los cuatro días siguientes, cada miembro del Consejo podrá proponer otros

sistema de concurso (totalmente reglado en el sentido de que tiene preferencia quien ostente el mejor puesto en el escalafón), existe otro que deriva de las aptitudes precisas para ciertos cargos de designación discrecional³⁰⁶.

Opina SAMANES ARA³⁰⁷, que el hecho de que se prevea que los miembros de la Comisión de Calificación sean renovados anualmente, lo que podría configurarse como garantía de objetividad en la actuación administrativa que evitaría que el funcionamiento de la comisión deviniera en rutinario, y asimismo sería una prevención contra una posible parcialidad de la comisión respecto de determinados funcionarios, no son salvaguardas suficientes. Y es que el sentido y el contenido de la calificación que desarrolla el órgano del Consejo que nos ocupa es el que va a determinar el nombramiento de un Juez o Magistrado para un cargo que conlleva entre otras cosas una retribución económica mayor³⁰⁸, y por lo tanto se puede afectar de una forma indirecta a los derechos estatutarios del funcionario.

Respecto de la adecuada calificación de los jueces y magistrados, el art. 136 de la LOPJ indica que la Comisión podrá recabar información de los distintos órganos del Poder Judicial y, en todo caso, recibirá un informe anual elaborado por las correspondientes Salas de Gobierno³⁰⁹ de los órganos jurisdiccionales a que aquéllos estuviesen adscritos, que deberá fundarse en criterios objetivos y suficientemente valorados y detallados”. Como vemos el precepto legal exige objetividad de los criterios en los que las Salas de Gobierno funden sus informes, hecho este que ha sido tachado de insuficiente por autores como FAIREN GUILLEN³¹⁰, pudiendo observar y contrastar la generalidad de este precepto, con el detallado y preciso baremo de méritos que para resolver los concursos entre juristas de reconocida competencia, establece el art. 313.2 de la LOPJ.

candidatos, comunicándolo a la Comisión, que los incluirá en la relación, tras de lo cual se le dará curso para su inclusión en el orden del día de un próximo Pleno, en el que la Comisión informará de las circunstancias que concurren en los candidatos incluidos inicialmente en la relación o ulteriormente adicionados.

En todo caso se comunicará a todos los vocales la producción de la vacante.”.

³⁰⁶ Cfr. Arts. 127, 335, 336, 337, 342, 343, 344 de la LOPJ.

³⁰⁷ SAMANES ARA, C., “*Calificación de Jueces y Magistrados e Independencia judicial*”, Op. Cit., pág. 749.

³⁰⁸ Recordemos en este sentido lo que decía CALAMENDREI, *Proceso y democracia...*, op. cit. pág. 98 “...aún cuando se hubiese resuelto en forma satisfactoria el problema de la absoluta independencia de la Magistratura respecto de toda injerencia gubernativa, y que todos los acuerdos relativos al estado jurídico y a la disciplina de los magistrados hubiesen sido confiados, en un régimen de absoluta autonomía, al Consejo Superior de la Magistratura, no obstante tal situación no es suficiente aún para garantizar la independencia individual del magistrado, porque en el supuesto de que la Magistratura organizada como poder constitucional autónomo no estuviese sujeta en alguna forma a las intervenciones y vigilancia por parte del poder gubernativo, no por esto el magistrado individual quedaría liberado de los cuidados de orden personal y familiar, que ahora le provendrán de su calidad de empleado que vive de su sueldo y que naturalmente está deseoso de ascensos y de mejoras económicas”.

³⁰⁹ Cfr. Art. 152.1.9º LOPJ.

³¹⁰ Vid. FAIREN GUILLEN, V. *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985*, Edersa, Madrid 1986, pág. 131.

Como se ha visto el art. 136 de la LOPJ, dispone que la Comisión podrá recabar información de los distintos órganos del Poder Judicial, debiendo de entender que estos órganos se reconducen al Servicio de Inspección por cuanto que el art. 73 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial dispone que la Comisión tendrá en cuenta "... los datos que sobre la laboriosidad, capacidad y formación técnica de los Jueces y Magistrados resulten de la actividad inspectora del Consejo, que serán anotados en los respectivos expedientes".. Sobre esta actividad de la inspección cuyo fin es conocer el funcionamiento del órgano jurisdiccional y el cumplimiento de sus deberes por el personal que lo sirve, no hemos de hacer ninguna observación, puesto que dicho servicio de inspección se fundamenta en la necesidad de vigilar el funcionamiento correcto de la administración de Justicia, y es en definitiva un contrapeso esencial a la efectiva independencia de los órganos jurisdiccionales. Ahora bien, los informes del servicio de inspección han de ser emitidos con absoluta imparcialidad, puesto que de no ser así, serían un instrumento de coacción indirecta para los miembros de la judicatura³¹¹.

Dicho esto nos planteamos si es un riesgo para la necesaria imparcialidad el hecho de que no se contemple en la Ley el derecho de los jueces y magistrados como funcionarios a conocer el contenido de la documentación obrante en la Comisión de Calificación. Si bien podemos decir que una calificación desfavorable para un interesado no significa una sanción para el mismo, y por ello, sin estar prevista la audiencia del mismo no puede hablarse con rigor de indefensión, ello no significa que las consecuencias de la calificación desfavorable no le alcancen, pues en virtud de dicha calificación, se van a ver directamente afectadas sus expectativas y por ende, de forma indirecta sus derechos. Por ello entendemos que debería darse traslado al interesado del sentido positivo o negativo de la calificación y de los datos objetivos en que se basa ésta a fin de que el mismo pudiera alegar lo conducente a su derecho.

La audiencia al interesado, además de ser más conforme con el mandato del art. 105 b) de la CE³¹², permitiría salir al paso de posibles errores en la apreciación subjetiva de los hechos por parte del informante.

5.1.1.3. Injerencias de los órganos de gobierno del poder judicial por vía de las normas disciplinarias.

Dejando aquí hecha la referencia anterior a la Comisión de Calificación, habríamos de abordar el riesgo de injerencia en el ámbito jurisdiccional de Jueces y magistrados de los órganos de gobierno del poder judicial por la vía de la responsabilidad disciplinaria³¹³, lo que ha dado lugar a que las funciones del CGPJ en el campo de la

³¹¹ RIFA SOLER, J. M. "*Independencia y soberanía de la función jurisdiccional*", en *Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, Madrid 1981, pág. 418.

³¹² Art. 105 CE " La Ley regulará: ...b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas".

³¹³ Sobre la responsabilidad disciplinaria de Jueces y magistrados se pueden ver entre otros los trabajos de VACAS GARCÍA-ALÓS, L., y MARTIN MARTIN, G., *Manual de Derecho Disciplinario Judicial*, Op. Cit. Pág. 89-128; REQUERO IBAÑEZ, José Luis, *Responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados. Análisis de la Ley Orgánica 16/1994 de 8 de noviembre de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Actualidad Administrativa nº 27, 3-9 Julio de 1995, pág. 433-469.; GABALDÓN

responsabilidad disciplinaria sean consideradas como la más importantes y las que justifican en mayor medida su propia existencia³¹⁴. Dicho de otro modo, que un hecho consistente en una infracción procesal, se conceptúe como falta profesional puede implicar un riesgo para el principio de independencia judicial. Para MONTERO AROCA³¹⁵ si las faltas cometidas en un proceso concreto se entienden incluidas en la potestad disciplinaria gubernativa, ésta tendrá también el control de la actividad jurisdiccional, con los peligros evidentes para la independencia. Así la falta de publicidad de los actos procesales, la no motivación de las resoluciones, el incumplimiento de la inmediación o los plazos, etcétera “no pueden controlarse y sancionarse por la vía de la responsabilidad gubernativa, pues ello supondría que los órganos de gobierno, que son administrativos, incidirían en la actividad jurisdiccional”³¹⁶.

Es oportuno mencionar aquí la supresión de la denominada “responsabilidad disciplinaria procesal”, con la LO 16/1994 de 8 de noviembre, que modifica la LOPJ de 1985, y viene a resolver la situación creada con la STC 110/1990 (RTC 1990\110) de 18 de junio (suplemento BOE núm. 160, de 5 de julio). El art. 414 de la LOPJ dispone que “Los Jueces y Magistrados están sujetos a responsabilidad disciplinaria en los casos y con las garantías establecidas en esta Ley”. Podemos convenir que este precepto es claro

LÓPEZ, J. *Responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados*, Revista La Ley, nº 3, 1995, págs. 999-1000.; DIEZ PICAZO GIMENEZ, I, “*Sobre el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial*”, Tribunales de Justicia nº 8-9, 1999, pág. 721-724.; ESCUDERO MORATALLA, J. F., y FRIGOLA VALLINA, J., *El régimen disciplinario de los integrantes del Órgano Jurisdiccional. Repercusiones de la reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Revista General de Derecho, núm. 616-617, pág. 63-115.; MATA Y MARIN, R. M., *El principio non bis in idem de la reforma de la responsabilidad penal y disciplinaria de jueces y magistrados*, Poder Judicial nº 41-42, 1996, págs. 185-215.; MANZANA LAGUARDA, R. “*Responsabilidad disciplinaria procesal: sorprendente pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de su subsistencia*”, Revista General de Derecho, 1990, núm. 555, págs. 8775-8790.; IDEM “*En torno a la nueva reforma disciplinaria*”, Jueces para la Democracia, nº 23, 1994, pág. 69-79.; ORTIZ DE ZUÑIGA, M., “*De la responsabilidad judicial*”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1864, núm. 25, págs. 99-104 y 145-153.; SOTO NIETO, F., *La responsabilidad penal de los Jueces y Magistrados*, La Ley, 1987-I, págs. 927-949.; ALMAGRO NOSETE, J., *Responsabilidad judicial*. Serie: Derecho y Justicia, 10. Ed. El Almendro, Salamanca, 1984.; IDEM, “*El sistema español de responsabilidad judicial*”, Justicia 1982, núm. IV, pág. 69-106.

Entendida esta responsabilidad como la situación de todos aquellos sujetos susceptibles de ser sancionados por la Comisión u omisión antijurídicas de determinadas acciones, la responsabilidad judicial se enlaza directamente con la independencia, con la inamovilidad y con el sometimiento único al imperio de la ley. Siendo una derivación obligada de ese sometimiento, la responsabilidad se plantea como el contrapeso de la independencia y también de la inamovilidad; frente al juez independiente e inamovible, el juez responsable. Lo había indicado ya MONTERO RIOS, en su Discurso de apertura de Tribunales en 1872, y lo sigue afirmando el Tribunal Constitucional en STC 108/1986 (RTC 1986\108).

³¹⁴ VACAS GARCÍA-ALÓS, L., y MARTIN MARTIN, G., *Manual de Derecho Disciplinario Judicial*, Op. Cit. pág. 74.

³¹⁵ MONTERO AROCA, J. *Independencia y Responsabilidad del Juez*, Op. Cit. págs. 182 y siguientes. Se ocupa aquí este autor de lo que él llama “casos paradigmáticos”. En opinión de este autor, la consideración del juez como funcionario público, su burocratización, llevó a someterlo, además de los avatares políticos de las depuraciones, a “que la responsabilidad con verdadera trascendencia fuera la disciplinaria o gubernativa; ésa era el arma del Poder Ejecutivo y de la cúpula de la carrera para mantener, desde fuera, el apoderamiento del Poder Judicial y, desde dentro, el “prestigio” del Cuerpo”. Pág. 109.

³¹⁶ MONTERO AROCA, J. *Independencia y Responsabilidad del Juez*, E. Civitas, 1990, págs. 198 y 199.

e indica que sólo es posible exigir responsabilidad disciplinaria en lo supuestos previstos en la LOPJ y a través del procedimiento garantista que en ella se establece. Por lo tanto el mandato de esta norma junto a la cláusula derogatoria general contenida en la LOPJ de 1985, con relación a cuantas anteriores leyes y disposiciones se opusieran a lo previsto en ella, permitiría concluir la plena derogación de las sanciones disciplinarias previstas en las Leyes procesales anteriores a la LOPJ, que podían ser impuestas por los órganos judiciales funcionalmente superiores, con ocasión de la revisión en vía de recursos de la actuación de los primeros, máxime cuando éstas eran impuestas de plano, sin audiencia alguna de afectado, y sin recurso³¹⁷. A pesar de lo dicho el Tribunal Constitucional en su mencionada Sentencia número 110/90 de 18 de junio (RTC 1990\110) sorprendió a todos manifestando que "...si las llamadas correcciones disciplinarias procesales, previstas en la L.E.Crim. y también en la LEC, han quedado o no derogadas por la LOPJ 6/1985, de 1 de julio" (FJ.º3).....a diferencia de los artículos 414 a 427 LOPJ, se prevé y regula una responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados directamente vinculada al ejercicio y desarrollo de su propia actividad jurisdiccional, posibilitándose así que los órganos jurisdiccionales superiores, al examinar la actuación de los inferiores con ocasión de conocer de sus resoluciones en virtud de los correspondientes recursos, si observasen la comisión de faltas o errores en los autos de los que hubieren conocido adopten las correcciones disciplinarias que el propio artículo 449 LEC enumera". "Coexisten de esta manera dos tipos o clases de responsabilidades cuya funcionalidad y naturaleza jurídica son bien distintas. Mientras que la llamada responsabilidad disciplinaria jurisdiccional o procesal, atienden a la corrección de las faltas u omisiones cometidas por los funcionarios judiciales – englobando a estos efectos a Jueces y Magistrados- con ocasión de los actos y procedimientos judiciales, en el supuesto de la "responsabilidad disciplinaria gubernativa" son en general la forma y condiciones en que son cumplidos por dichos funcionarios los deberes a que están sujetos por el cargo que ostentan lo que justifica la potestad disciplinaria prevista. Ello mismo explica que distintas sean las autoridades y órganos competentes para ejercitar, en uno y otro lado la potestad disciplinaria, debiéndose añadir que sólo en el caso de las sanciones disciplinarias gubernativas, es posible acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa para su revisión jurisdiccional".

Con esta distinción conceptual, el TC legitimó la pervivencia de tales mecanismos disciplinarios ajenos y extraños al régimen establecido en la LOPJ, siendo esta decisión muy contestada por la doctrina, indicándose que³¹⁸ "la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 110/1990 provoca una gran fisura en el entendimiento constitucional de la independencia judicial al conciliar con este valor, que el Juez

³¹⁷ Es lo que sucedía antes de la reforma de 1994, con la imposición de costas al Juez en las inhibitorias (art. 108), la corrección disciplinaria en los supuestos de abstención improcedente (art. 216.2) de infracción de los términos procesales (arts. 301.3 y 302), de defectos en la estructura formal de las sentencias (art. 373), retraso en resolver (art. 375.2), tramitación de asuntos sin diligencia de reparto (art. 433), o despacho indebido de la ejecución (art. 1475.2), y en el ámbito del enjuiciamiento criminal, la extralimitación en la sustanciación y decisión de cuestiones de competencia (art. 44), la demora en el cumplimiento de exhortos (art. 192), la tardanza en la resolución (art. 198), la dilación en la sustanciación de recursos (art. 230), la falta de celo y actividad en la formación de los sumarios (Art. 325), las infracciones en las formas de tomar declaración a procesaros (art. 394) o a testigos (art. 435), etcétera.

³¹⁸ BANDRÉS, J. M., *La Extensión indebida de la responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados por el Tribunal Constitucional*, Poder Judicial, 1991, número 22, pág. 15.

inscrita en un órgano judicial inferior pueda ser corregido, controlado y sancionado por un Tribunal Superior por sus “desviaciones” y discrepancias en la aplicación del ordenamiento jurídico. La pluralidad de instancias, concebida con una garantía del justiciable en cuanto propicia la uniformidad en la aplicación judicial del ordenamiento, se convierte así en una carga insoportable para la independencia del Juez, al convertirse los Tribunales superiores en Tribunales censores de los jueces inferiores”. Es más la fisura se incrementa al reconocer la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en la mencionada STC 110/1990, “compatibles con la Constitución las sanciones de plano impuestas sin audiencia previa, sin posibilidad de acceder a los recursos judiciales, en violación del principio de legalidad, por su debilidad en la tipificación y con infracción del principio non bis in idem; exención que se motiva en el hecho de que se imponen por los órganos judiciales superiores a los Jueces inferiores para velar por el buen orden de los procesos judiciales”³¹⁹. En la tesis del TC en la tan referida Sentencia 110/1990, sólo los Jueces alejados de los órganos inferiores tendrían o gozarían de la independencia puesto que ellos serían los que no podrían ser fiscalizados personalmente por otros Jueces, pero ante esto hemos de decir y recordar que cada Juez es responsable del ejercicio de su función jurisdiccional, y que no existe una responsabilidad colectiva, solidaria en el quehacer jurisdiccional, puesto que como decía SENESE, y ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, los atributos de la independencia y responsabilidad no se predicaban del cuerpo judicial, sino de cada juez considerado individualmente.³²⁰

Es por ello muy acertado en nuestra opinión, que el legislador en la reforma de la LOPJ por la LO 16/1994, haya derogado el régimen de responsabilidad disciplinaria procesal de Jueces y Magistrados de las leyes anteriores a la LOPJ³²¹. De hecho el artículo 414 de la LOPJ, no se ha modificado y contiene el mismo texto que mantenía, ahora bien, ya no es susceptible de interpretación que mantenga la denominada responsabilidad disciplinaria procesal, lo cual es plenamente acorde con el mandato constitucional de reserva de Ley Orgánica para la determinación del estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados (art. 122.1 CE).

En definitiva, esto no es sino una muestra más de cómo el estatuto del Juez español, es sensible y por lo tanto vulnerable a la intervención administrativa. En lo que ahora nos ocupa, que no es otra cosa que la injerencia en el ámbito jurisdiccional de jueces y magistrados por la vía de la responsabilidad disciplinaria de los mismos, si tenemos en cuenta que “la responsabilidad puede convertirse en una amenaza permanente que haga naufragar la independencia”³²², con mayor razón si tratándose de la responsabilidad disciplinaria que coloca la actividad profesional del Juez bajo el control de los órganos

³¹⁹ BANDRÉS, J. M., Op. Cit. Pág. 23.

³²⁰ Vid. SENESE, S. *La magistratura italiana nel sistema político e nell'ordinamento costituzionale*, pág. 78, Giuffrè Editore, Milani, 1978.

³²¹ Y es que además hemos de tener en cuenta que el criterio del Tribunal Constitucional en la Sentencia 110/1990 (RTC 1990\110), de sustentar la vigencia de los artículos anteriores a la LOPJ que fijaban esa responsabilidad disciplinaria procesal, considerándolos no derogados, tampoco resistía el contraste con la doctrina del propia Tribunal Constitucional desplegada en la Sentencia de la Sala Segunda 38/1998, de 17 de febrero (RTC 1998\38). Vid. También el comentario de Manuel REBOLLO PUIG, “A propósito de la potestad disciplinaria de los Jueces sobre Abogados y Procuradores”, Poder Judicial núm. 10, págs. 83 y ss.

³²² DIEZ PICAZO, L. M., *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Op. Cit. págs. 96 y ss.

administrativos (aunque estos pertenezcan al Poder Judicial, y se trate del propio Consejo General del Poder Judicial) mediante la descripción de algunos tipos de infracción que pueden ser interpretados de modo tal que permiten controlar actos jurisdiccionales respecto de los cuales el Juez está sin embargo sometido exclusivamente al imperio de la Ley³²³.

5.1.1.3.1. El caso del art. 417.1 LOPJ.

Este peligro del que estamos hablando, puede verse concretado en algunos artículos de la LOPJ, habiéndose aplicado en alguna ocasión en el sentido más arriba mencionado. Entre estos preceptos pueden citarse los números 8 y 9 del artículo 417, los números 5, 11 y 12 del 418, y los números 3 y 5 del art. 419.

Para GABALDÓN LOPEZ³²⁴, hay un precepto de especial relevancia en el tema que nos ocupa, y es el número 1 del artículo 417 de la LOPJ para el que es falta muy grave “el incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución establecido en el artículo 5.1. de esta Ley, cuando así se apreciare en sentencia firme”. Este precepto hace referencia al art. 5.1 de la LOPJ, y hemos de recordar que dicha norma no establece ninguna forma o tipología de fidelidad a la constitución, siendo una frase carente de sentido jurídico y por el contrario con mucho voluntarismo político. Lo que el art. 5.1 dice es lo siguiente: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Podemos decir que se trata de una norma jurídica que intenta exponer, explicar o aplicar la fuerza vinculante de la Constitución respecto del quehacer de los Jueces y Tribunales y, al mismo tiempo, establece el carácter vinculante de la interpretación formulada por el Tribunal Constitucional en aplicación de la Constitución o amparando derechos fundamentales. Lo cual ha llevado a decir que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional si puede ser calificada sin temor de fuente del derecho³²⁵.

El que un Juez decida de forma consciente y voluntaria dejar de aplicar, o aplicar en base a una interpretación absurda una auténtica fuente del derecho validamente producida, dará lugar no sólo a que su resolución sea revocable en vía de recurso, sino a que su conducta misma sea antijurídica y constitutiva de delito, y por lo tanto punible. Pero esto no tiene nada que ver con el precepto disciplinario que estamos tratando, y es

³²³ Para una explicación de la vinculación exclusiva del Juez al imperio de la ley, puede verse DIEZ PICAZO, L. M., *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Op. Cit. págs. 111 y ss, y concretamente la pág. 116.

³²⁴ GABALDÓN LÓPEZ, J. *Responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados*, Op. Cit. págs. 1001. Para este autor el borrador del artículo 417.1 “mezclaba conceptos jurídicos e ideológicos, que finalmente lo hubieran hecho inaplicable, aunque no fuera más que por su sabor claramente autoritario, casi, casi totalitario”. En concreto el texto del borrador era el siguiente: “Las críticas, fuera del ámbito estrictamente privado, a los principios constitucionales propios del Estado de Derecho, las actuaciones tendentes a vulnerar los derechos y libertades fundamentales”

³²⁵ Véase en este sentido a DE OTTO, I., *Derecho Constitucional*, págs. 259 y 296, y a DIEZ PICAZO, L. M., *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 128. A ello, según algunos autores, se opondría el hecho de su falta de uniformidad.

que exigir una sanción disciplinaria de aquella gravedad a algo tan inconsistente como “el incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución”, parece una exigencia sacada fuera del marco jurídico³²⁶.

El art. 5.1 de la LOPJ al que se refiere el art. 417.1 del mismo texto legal lo que conlleva como ya hemos señalado es una vinculación a la interpretación formulada por el Tribunal Constitucional de los preceptos y principios constitucionales, es decir el normal efecto de la jurisprudencia respecto de la interpretación de la Ley. De ahí a configurar una infracción disciplinaria hay una gran distancia. Aquí se está ante la intromisión de un órgano de gobierno (y por lo tanto administrativo), aunque sea independiente del poder Ejecutivo, como es el Consejo General del Poder Judicial, a quién la potestad disciplinaria está atribuida (art. 122.2 CE), en el contenido y sentido de las resoluciones de Jueces y Tribunales. De hecho el órgano sancionador va a revisar, aunque sólo sea en ciertas circunstancias, resoluciones de los Jueces dictadas dentro de su competencia y con el procedimiento adecuado. Este es claramente el alcance de la norma: no lleva a permitir la modificación de las resoluciones pero en cuanto amenaza a los Jueces con sus sanciones máximas permitiría acaso una desviación consciente de los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional, extraordinariamente peligrosa si se aplicase a un fin distinto del suyo propio.

Todo lo expuesto nos lleva a afirmar que la corrección disciplinaria del 417.1 LOPJ podría llevar al menoscabo del principal efecto de la independencia que no es otro que la soberanía del Juzgador, garantizada en el art. 117.1 de nuestro texto constitucional. Lo que obliga al Juez es el imperio de la Ley y de ella depende la fuerza vinculante de la jurisprudencia, y ello no puede llevar a determinar responsabilidad y mucho menos disciplinaria, como al respecto resulta del art. 12 de la LOPJ cuya confrontación con la modificación que nos ocupa puede revelar una contradicción de esta última³²⁷. Ni el principio de seguridad jurídica ni el de igualdad han podido determinar una consecuencia contraria a la independencia del Juez al juzgar, tal como resulta de la propia doctrina del Tribunal Constitucional, en la cual la independencia prevalece respecto del principio de igualdad y por otra parte se reserva a los Jueces y finalmente al Tribunal Supremo la autonomía en dicha interpretación y aplicación³²⁸. Por ello no es admisible que el principio básico de la independencia se ponga bajo la amenaza de una corrección disciplinaria.

Por último hemos de señalar que la interpretación del art. 417.1 de la LOPJ, presenta serios problemas, como puede ser determinar lo que ha de entenderse por “deber de fidelidad a la Constitución”, y asimismo el incumplimiento de este mandato ha de ser consciente, es decir que se resuelva fuera o en contra de lo previsto en alguna norma constitucional apartándose de la interpretación formulada por el Tribunal Constitucional. Y para conocer si esta actividad constituye y conforma una infracción tan grave que determine la imposición de una sanción será preciso contrastar la resolución judicial con la doctrina del Tribunal Constitucional, y esto constituye una

³²⁶ Ni siquiera la prescripción de que haya de apreciarse en sentencia firme (introducida a petición de las asociaciones profesionales) es suficiente para paliar los efectos distorsionantes de este precepto.

³²⁷ Cfr. L. M. DIEZ PICAZO, *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 127.

³²⁸ Véase entre otras las Sentencias del Tribunal Constitucional 38/1998 (RTC 1998\38) y 38/1995 (RTC 1998\38) y antes la 90/1993 (RTC 1993\90).

actividad interpretativa del ordenamiento en la que el criterio de un órgano administrativo podría revisar los fundamentos expuestos por el órgano judicial. Sólo esto constituye ya un límite a la independencia. Sus consecuencias lo son más, porque la amenaza legal de esta sanción puede por sí sola ser suficiente para condicionar la libertad de enjuiciamiento: y su aplicación práctica abre por otra parte la puerta a intromisiones más graves, que podrían tener lugar en relación, no con criterios generales, sino con casos concretos.

5.1.2. Independencia judicial ad-extra.

Con respecto a la segunda vertiente, la misma se trataría de una independencia ad-extra, hacia el exterior, puesto que el juez en el ejercicio de su función ha de estar protegido de los ataques que puedan provenir de fuera del ámbito de la organización judicial, ya sea de instituciones públicas o de actuaciones de particulares. En opinión de GONZALEZ GRANDA³²⁹, la independencia externa es instrumental respecto de la verdadera finalidad perseguida por la independencia funcional, siendo su objeto o fin asegurar la imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Por otra parte y en palabras de LOEWNSTEIN³³⁰ “la ratio de la independencia judicial no necesita ninguna explicación: si el juez no está libre de cualquier influencia o presión exterior, no podrá administrar justicia imparcialmente según la ley”. Y como dejo dicho CALAMENDREI³³¹, “la independencia de la Magistratura, estimada como sistema de órganos instituidos para juzgar, como orden autónomo e independiente de cualquier otro poder, no constituye sino un medio para garantizar la independencia del magistrado individual en el momento en que juzga, siendo esta independencia individual y del hombre-juez la que verdaderamente tiene importancia y constituye el fin último al que deben mirar todos los perfeccionamiento del ordenamiento judicial.”

Esta independencia ad-extra, en un sentido general se concreta en nuestra legislación en el art. 13 de la LOPJ, que señala que “Todos están obligados a respetar la independencia de Jueces y Magistrados”, se trata como vemos de una norma muy genérica y que requiere de los mecanismos que la hagan efectiva. En el epígrafe anterior hemos analizado la independencia judicial ad-intra, y ahora, y no menos importante hemos de tratar la independencia ad extra.

5.1.2.1. Ataques por parte de autoridades e instituciones. Independencia frente a los otros poderes del estado.

En primer lugar hemos de decir que es básica la independencia del Poder Judicial respecto de los demás poderes del Estado, puesto que la independencia de los Jueces y Magistrados sería una falacia si el Poder Ejecutivo pudiera disponer a su antojo sobre la constitución y organización de los Tribunales, creando los órganos que estimara más conveniente o dotando a los más altos Tribunales de “los hombres de su confianza”. En

³²⁹ GONZALEZ GRANDA, P. *Independencia del Juez y control de su actividad*, Op. Cit. pág. 28. Vid también sobre la independencia como garantía de la imparcialidad a GARCIA MANZANO, *La independencia judicial*, Op. Cit.

³³⁰ Cfr. K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Op. Cit. pág. 294.

³³¹ CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, Trad. Fix Zamudio, Buenos Aires 1960, pág. 87.

opinión de GIMENO SENDRA³³², “tras la Constitución de 1978 y la supresión del sistema administrativista de designación de los Jueces y promoción por el Ejecutivo, por el de autogobierno de la Magistratura, esta posibilidad está desterrada”, en el mismo sentido se manifiesta MORENO CATENA³³³, puesto que en su opinión “en la actualidad, con la creación del CGPJ, la posibilidad real de los restantes Poderes del Estado de influir o eventualmente, perturbar o menoscabar la independencia judicial es francamente remota”, opinión que no comparte NIETO³³⁴ que siguiendo a MONTERO AROCA afirma que “a) se trata de un pseudo gobierno autónomo mínimo, y mas cuando se considera que es el gobierno el que maneja los presupuestos del Consejo; b) no es independiente; y c) no tiene autonomía ni siquiera para decidir la política judicial”, permitiéndose incluso dudar de la existencia misma del Poder Judicial, “puesto que resulta muy difícil llamar Poder –y más con rango constitucional- a un simple servicio público de Administración de Justicia”, por lo que concluye que “nadie puede creer en la independencia que predica la Constitución y sostienen cínicamente los participantes en las solemnidades oficiales del Poder Judicial...”.

En este tema el legislador constitucional garantiza la independencia del Poder Judicial frente al Ejecutivo a través de dos mecanismos; la reserva de Ley Orgánica en la composición, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales y el control por el Poder Judicial de los actos y reglamentos del Poder Ejecutivo.

En cuanto a la reserva de Ley Orgánica, el art. 122.1 LOPJ, establece que la constitución, funcionamiento y gobierno de los Tribunales queda afecto a esta reserva, por lo que en la actualidad el Poder ejecutivo no puede crear Tribunales de Excepción para el conocimiento de determinadas materias o el enjuiciamiento contra determinadas personas, no sólo por la prohibición expresa recogida en el art. 117.6 de la CE, sino porque se trata de “reserva de Ley Orgánica”.

Por lo tanto corresponde a la LOPJ determinar los órganos jurisdiccionales, su composición y funcionamiento. Asimismo y de otro lado el art. 29 de la LOPJ³³⁵ declara objeto de “reserva de Ley Ordinaria” la determinación de la planta de Juzgados y Tribunales, por lo que, en cumplimiento de este precepto, la Ley 38/1988 de demarcación concretó la referida planta jurisdiccional. Dicho esto podemos concluir que al poder ejecutivo solo le queda en nuestro actual marco legal, procurar los medios materiales y personales de los órganos jurisdiccionales, pero nunca le corresponde mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria, alterar la determinación, naturaleza, competencia o planta de los órdenes y órganos jurisdiccionales.

³³² GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Op.Cit. , pág. 87.

³³³ MORENO CATENA, V., y CORTES DOMINGEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Op. Cit., pág. 149.

³³⁴ NIETO, A., *El Desgobierno Judicial*, op. cit. Pág. 155-157.

³³⁵ Art. 29 LOPJ “1. La planta de los juzgados y tribunales se establecerá por Ley. Será revisada, al menos, cada cinco años, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, para adaptarla a las nuevas necesidades.

2. La revisión de la planta de los juzgados y tribunales podrá ser instada por las Comunidades autónomas con competencia en materia de justicia para adaptarla a las necesidades de su ámbito territorial”.

Por lo que respecta al control judicial de los Reglamentos ilegales, hemos de decir que un Reglamento que derogara o modificara la organización o planta de los Juzgados y Tribunales³³⁶ sería ilegal e infringiría el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE), por lo que, debido a la obligación de control normativo, que ostenta la Jurisdicción sobre la legalidad de los Reglamentos (art. 106.1 CE) y con independencia de su impugnación jurisdiccional, de entrada ningún Juzgado o Tribunal podría aplicarlo (art. 6 LOPJ)³³⁷. Como dice GIMENO SENDRA³³⁸ “esta obligación de control difuso de inaplicación judicial de los Reglamentos ilegales, válida para todos los órdenes jurisdiccionales, ha sido mitigada en el Contencioso-administrativo por la LJCA de 1998 que obliga al órgano judicial administrativo, que conozca de un Reglamento ilegal, a plantear “cuestión de ilegalidad” ante el Tribunal competente para la declaración de ilegalidad del Reglamento (arts. 27 y 123 y ss LJCA)”.

No obstante lo manifestado, tenemos una amplia gama de supuestos de ataques por parte de autoridades e instituciones, así por ejemplo se acordó reprobar determinadas manifestaciones efectuadas por un dirigente político en relación con una resolución dictada por el Tribunal Supremo, por Acuerdo de la Comisión Permanente de 2 de septiembre de 1997, señalando que las mismas determinan un grave daño para la credibilidad del Tribunal Supremo. Por el contrario, y respecto de las manifestaciones realizadas por otro dirigente político, en este caso autonómico sobre el instructor de una causa seguida ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y de las que en aquel momento conocían la jurisdicción penal, el Pleno del CGPJ en Acuerdo de 12 de julio de 1995 acordó que no se apreciaban condiciones objetivas de perturbación.

En otro supuesto, del que entendió el Acuerdo del Pleno del 21 de julio de 1993, si se acordó amparar a una Juez en relación con la actuación del Alcalde de la localidad donde tenía su sede el Juzgado, como consecuencia de unas diligencias contra la Secretaría del Ayuntamiento por presunto delito electoral.

Por último y entre otros muchos supuestos³³⁹, tampoco se considera justificado el amparo solicitado por una Juez que recibe de las autoridades consulares de otro país una comunicación de que se espera una resolución favorable que salvaguarde los derechos del Convenio de la Haya (Acuerdo de la Comisión Permanente de 12 de noviembre de 1996).

³³⁶ Posibilidad ésta que ya fue expresamente declarada prohibida por el art. 6 de la LOPJ de 1870 que decía que “Las disposiciones reglamentarias que el Poder Ejecutivo adopte, en uso de sus atribuciones, nunca alcanzará a derogar ni a modificar la organización de los Juzgados y Tribunales, ni las condiciones que para el ingreso y ascenso de la carrera judicial señalen las leyes.”.

³³⁷ Art. 6 LOPJ “Los jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”.

³³⁸ GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Op. Cit. pág. 88.

³³⁹ Entre los que podemos mencionar a modo de ejemplo los siguientes: el Acuerdo de la Comisión Permanente de 3 de abril de 1997, en el que no se aprecia perturbación en la actuación de un órgano ejecutivo autonómico que manifestó su intención de dirigirse al Consejo General y al Fiscal General para que investigase el contenido de las resoluciones de una determinada Sección. También el Acuerdo de la Comisión Permanente de 13 de mayo de 1997, que no ampara una queja por el traslado efectuado a un nuevo local del órgano judicial que no reviste condiciones de habitabilidad.

Todo lo anteriormente referido no hace más que poner de relieve una realidad de continuo desgaste de la independencia judicial por parte también de autoridades e instituciones.

5.1.2.2. Independencia respecto de las partes procesales y del objeto litigioso.

La independencia respecto de las partes procesales y del objeto litigioso se concreta en un conjunto de garantías procesales que intentan preservar la imparcialidad del juez respecto al objeto litigioso. En opinión de MORENO CATENA³⁴⁰, “la independencia respecto de las partes procesales y del objeto litigioso significa imparcialidad, es decir, ausencia de todo interés para la resolución del litigio que no sea la estricta aplicación del ordenamiento jurídico”.

Por un lado la legitimación de un Juez en un proceso determinado se residencia en una ausencia de vinculación o de relación del Juez con las partes o con el objeto procesal, al contrario de lo que ocurre con las partes que siempre tienen una determinada relación jurídica material con respecto a la pretensión. Si no existiera esta ausencia de vinculación se impone la abstención o recusación del juez, siendo estas las garantías procesales³⁴¹ que intentan salvaguardar la imparcialidad del órgano jurisdiccional a fin de que aplique “desinteresadamente” el Derecho objetivo al caso concreto.

De la abstención y la recusación nos ocuparemos en un epígrafe específico más adelante, no obstante dejemos dicho aquí que la abstención es una obligación de todo Juez o Magistrado que se realiza mediante un acto procesal, de un lado, declarativo de un Magistrado o Juez por el que con suspensión del proceso principal, ha de poner inmediatamente en conocimiento, respectivamente, de la Sección o Sala de la que forme parte o del órgano judicial “ad quem” (es decir, el funcionalmente competente para el conocimiento de los recursos devolutivos contra sus resoluciones) la circunstancia de que se encuentre incurso en alguna de las causas de recusación contenidas en el art. 219 de la LOPJ, y de voluntad, por el que, para preservar la imparcialidad del órgano judicial al que pertenece, solicita ser relevado en un proceso determinado³⁴².

Si el órgano competente para ello estimara la abstención, el abstenido dictará auto por el que se apartará del conocimiento del proceso y remitirá las actuaciones a su sustituto a fin de que asuma sus funciones, dando conocimiento de todo ello a las partes³⁴³. En el caso de que el órgano competente desestimara la abstención, ordenará al Juez o Magistrado que continúe en el conocimiento del asunto, sin perjuicio que la parte interesada pueda instar su recusación (art. 221.3 LOPJ).

³⁴⁰ MORENO CATENA, V., y CORTES DOMINGUEZ V., *Introducción al Derecho Procesal*, Op. Cit. pág. 144.

³⁴¹ Al margen de otras medidas procesales, en su caso aplicables, como la declaración de nulidad de los actos procesales practicados por el Juez bajo violencia o intimidación (art. 238.2 LOPJ), o la incoación de procedimientos para exigir responsabilidades personales a los Jueces y Magistrados.

³⁴² Vid. GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Op. Cit. pág. 90.

³⁴³ Cuando el que se abstenga forme parte de un órgano colegiado, el auto lo dictará la Sala o Sección a que aquél pertenezca (Art. 222 LOPJ).

Por lo que se refiere a la recusación, la misma es un acto de postulación, por el que alguna de las partes interesadas le comunica a un determinado Juez o Magistrado, que se encuentra incurso en alguna de las causas de recusación contempladas en el art. 219 LOPJ, y por lo tanto le solicita su abandono del proceso. Sólo pueden recusar las partes formales, es decir las que han comparecido como tales en el proceso, y en todo caso, el Ministerio Fiscal, siempre y cuando deba intervenir en el proceso por estar comprometido el interés público.

Planteada la recusación mediante escrito, con determinación de la causa e incorporación de un principio de prueba, ante el Juez, se abrirá el “incidente de recusación que consta de las siguientes fases procesales; a) Traslado del escrito a las demás partes para que aleguen sobre la adhesión u oposición de la recusación y comunicación del mismo al Magistrado encargado de instruir el incidente; b) traslado del escrito de recusación al juez recusado, para que informe sobre la concurrencia de la causa, y de todos los autos del incidente al órgano que deba resolver la recusación; c) admitido a trámite el incidente por el instructor legalmente designado, si el recusado acepta como cierta la causa de recusación alegada se resolverá el incidente sin más trámites; d) si no la acepta, el instructor decidirá sobre la práctica de la prueba propuesta y, acto seguido, remitirá todas las actuaciones al tribunal competente para decidir la recusación; e) dicho tribunal solicitará el informe del MF y resolverá el incidente, sin que, contra su resolución, quepa recurso alguno.

Si el recusado es un Juez decidirá el superior jerárquico que deba conocer de los recursos devolutivos, salvo que el recusado sea un Juez de Paz, en cuyo caso resolverá el mismo Juez instructor del incidente de recusación (art. 227 LOPJ). En el caso de que se trate de un incidente de recusación de magistrados, corresponde la competencia para resolver dicho incidente a la Sección o Sala de la que formen parte. Si el recusado es Magistrado de una Audiencia Provincial, la competencia para resolver la recusación corresponde a la Audiencia Provincial sin que forme parte de ella el recusado (si ésta se compusiere de dos o más Secciones, la Sección en la que no se encuentre integrado el recusado).

Como decimos las partes en el proceso o sus representantes legales no son ajenas tampoco a estas actuaciones en torno a la independencia judicial, y es por ello que el Consejo General del Poder Judicial por la vía del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se ha visto obligado a intervenir. En este sentido son ejemplos de lo que decimos los Acuerdos del Pleno de 25 de marzo de 1992 y de la Comisión Permanente de 26 de noviembre de 1996, que desestiman en el primer caso solicitudes referidas a determinados incidentes con un letrado durante un juicio de faltas, y en el segundo caso solicitudes relativas a las manifestaciones efectuadas por unos representantes procesales en las que afirmaron que el titular del órgano no reunía las condiciones necesarias para el desempeño de su profesión. Asimismo, y por otro lado, la solicitud cursada por una juez sustituta sobre las manifestaciones de un letrado es amparada por el Pleno de 5 de mayo de 1993.

5.1.2.3. Independencia frente a la sociedad y a los medios de comunicación

Entiende MORENO CATENA³⁴⁴ al hablar de la independencia de los jueces y magistrados de la sociedad, que dentro de este concepto hemos de entender el establecimiento en la LOPJ de los requisitos para el ingreso en la Carrera Judicial, así como los supuestos de incapacidad o de incompatibilidad para el ejercicio de la jurisdicción y una serie de prohibiciones, medidas que en conjunto y en su opinión “pretenden preservar al juez de toda sumisión, derivada en este caso de vínculos personales o sociales en el momento de resolver”.

Por otra parte, se ha señalado que los artículos 13 y 14 de la LOPJ, dejan sin regulación las garantías frente a los grupos de presión, medios de comunicación social, presiones populares, etc³⁴⁵. Siendo sin duda, una de los mayores motivos de preocupación en los últimos tiempos es la presión ejercida por los medios de comunicación sobre los Jueces, lo que representa un complicado problema la conjugación del derecho a la información y el ejercicio independiente de la función jurisdiccional³⁴⁶, aunque también es cierto y así se ha manifestado que no cabe confundir éste con un intento de separación de la función judicial de la sociedad³⁴⁷.

Por otro lado, y con FERNANDEZ-VIAGAS tendríamos que plantearnos “hasta qué punto un juez concreto, sobre todo en los casos de mayor trascendencia para la opinión pública, puede formar libremente su “fallo”. El problema es que, a la hora de decidir, puede estar convencido de la ausencia absoluta de presiones. Nadie ha hablado con él para “aconsejarle”, no se le ha marcado ninguna directriz... Y, sin embargo, inconscientemente, es posible que dicho magistrado a la hora de elaborar los silogismos intelectuales con los que debe operar, acepte como previos los datos que le hayan sido transmitidos vía informativa. Es más, aun en el supuesto de que sea capaz de desarrollar los suficientes mecanismos de alerta mental y análisis, ¿Sería capaz de enfrentarse a la opinión universalmente aceptada? Es tan fácil, de otra parte, autojustificar intelectualmente cualquier solución...”³⁴⁸

No hace falta recalcar el importante papel que los medios de comunicación desempeñan en nuestros días y que también para las cuestiones de la justicia constituyen el principal conocimiento de la misma³⁴⁹. Lo que si hemos de abordar ahora es el análisis de las injerencias o interferencias de los medios de comunicación en el quehacer

³⁴⁴ MORENO CATENA, V., y CORTES DOMINGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Op. Cit. pág. 149.

³⁴⁵ Vid. MONTERO AROCA, J. *Autonomía del Poder Judicial e independencia del Juez*, Op. Cit. Madrid, 1990. pág. 223.

³⁴⁶ Sobre el tema Vid. MONTERO AROCA, J. *El derecho a la información y la función jurisdiccional*, Actualidad Administrativa, 1987, número 47, pág. 689 y siguientes.

³⁴⁷ Vid. BERGALLI, R. *Estado democrático y cuestión judicial. Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial*, Op. Cit. pág. 101.

³⁴⁸ FERNANDEZ-VIAGAS BARTOLOME, P., *El Juez Imparcial*, Op. Cit., pág. 11.

³⁴⁹ El 81 por ciento de los españoles manifiesta que es a través de las noticias de televisión de donde obtiene fundamentalmente las informaciones sobre los jueces y tribunales. Un 48 por ciento mencionaba también a la prensa y un 30 por ciento añadía las tertulias de radio y televisión. Sólo el 21 por ciento dice tener como elemento básico su propia experiencia personal ante los tribunales. TOHARIA, J. “¿De qué se quejan los españoles cuando hablan de su administración de justicia?” en URBANO CASTRILLO, E. (Dir.): *Ética del juez y garantías procesales*, Madrid 2005, Consejo General del Poder Judicial, pág. 108.

jurisdiccional³⁵⁰, que dan lugar a que en muchas ocasiones se haya solicitado la intervención del Consejo General del Poder Judicial para amparar la independencia judicial. En la mayoría de los casos no se aprecian condiciones objetivas que nos puedan llevar a concluir que existe un ataque o perturbación en el ejercicio de la función jurisdiccional como consecuencia de la publicación de informaciones u opiniones relativas al curso de los procedimientos (Acuerdo de la Comisión Permanente de 3 de abril de 1997), aunque naturalmente existen supuestos en ese sentido como el Acuerdo del Pleno del Consejo General del 15 de enero de 1997 que resolvió remitir al Ministerio Fiscal las actuaciones seguidas con la solicitud de amparo cursada por un Juzgado Central de Instrucción.

Ciertamente el poder de los medios de información es muy efectivo y coercitivo habida cuenta de las consecuencias inmediatas que tienen sobre la opinión, por las dificultades de conseguir una inmediata devolución de las cosas a su estado anterior etc. Es por ello que sería adecuado pensar en medias concretas de rectificación o puntualización ampliando en este sentido el ámbito de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de rectificación, que no está prevista para rectificaciones exigidas por la correcta información de la opinión pública y la actuación imparcial de los tribunales a requerimiento de un poder público. Asimismo autores como CARRETERO SÁNCHEZ³⁵¹, señalan que “la legislación procesal ha de ser reformada para no favorecer las “inmisiones” informativas que pretendan la culpabilidad o absolución de alguno de los imputados, obligando a ese medio de comunicación a que se persone en el procedimiento mediante prueba testifical o pericial para que pruebe la veracidad de sus aseveraciones.....sólo así se favorecerá la libertad de expresión y de información que son incuestionables”.

Por otra parte y como señala FERNANDEZ-VIAGAS³⁵² no hemos de obviar que “el halago continuo, y muchas veces interesado de los medios, puede fomentar en los jueces ideas delirantes sobre su propio papel en la sociedad. La tentación del heroísmo cómodo, el que se puede alcanzar tras la mesa de un despacho sin apenas otros riesgos reales que los que puedan inventarse sus admiradores, es verdad que puede acechar a cualquier persona pero parece grave que le llegue a afectar a un Juez. Sin embargo, en este mundo de confusiones no es extraño que el desconcierto se haya apoderado también de alguno de ellos, surgiendo figuras tan populares como la del denominado “Juez estrella” convencido de que debe desarrollar un papel activo de regeneración social y de lucha contra las corrupciones del sistema. Lo que conlleva el olvido de que si el órgano judicial pretendiere participar en cualquier tipo de enfrentamiento con el

³⁵⁰ En opinión de LOPEZ AGUILAR, J.F. *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Op.Cit. pág. 53, “Hay muchas maneras de interferir activamente la independencia judicial. Poderes públicos y privados pueden oponer con éxito importantes resistencias a la realización de ésta. En el momento presente –sociedad post-industrial y demopluralismo sitiado por la presión de emergentes agencias neocorporativistas-, *no hay mayor fuente de riesgo para la independencia de la justicia* en el complejo entramado de poderes asintóticos que se dan cita en las llamadas sociedades avanzadas *que la manipulación del proceso jurisdiccional clásico a través de la presión de los poderes mediáticos, de los juicios paralelos, las realidades virtuales y los linchamientos morales contra los que no parecen haberse inventado aún defensa, recurso o apelación mínimamente efectivos*”

³⁵¹ CARRETERO SÁNCHEZ, S., *El juez ante los juicios paralelos de la prensa*, Poder Judicial número 40, 1995, pág. 267.

³⁵² FERNANDEZ-VIAGAS BARTOLOME, P., *El Juez Imparcial*, Op.Cit. pág. 12.

mismo, perdería las características de su función, convirtiéndose simplemente en una de las partes de un conflicto”. Todo esto, considera este autor, no ha de significar que el Juez no pueda tener moral, es bueno que la tenga para evitar jueces absolutamente positivistas y vinculados estrechamente a la norma, ahora bien, siempre que esta moral no la utilice en combates o guerras que le hagan perder su carácter de órgano situado más allá de los problemas para los que la sociedad le ha encomendado la función de juzgar³⁵³.

Sin duda, y paralelamente al avance de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación es cada vez mayor el interés que se presta por la doctrina a las imbricaciones e interferencias de los medios de comunicación en la función jurisdiccional³⁵⁴. Es por ello que como señala QUINTERO OLIVARES, “cuando se inicia una aproximación al tema de la relación entre la libertad de prensa y la independencia judicial es de todo punto obligado asumir esa realidad, en la que pueden concurrir tanto el derecho fundamental a dar y recibir información veraz como el derecho fundamental a la libertad de expresión”³⁵⁵.

³⁵³ Vid. en este sentido a TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *A orillas del Estado*. Ed. Taurus, 1996, pág. 143, “El juez político cree que su misión es actuar, como le han enseñado en Italia, con las manos limpias frente a los desmanes de quienes no las tienen. Lo cual sólo es cierto cuando procede en términos de Derecho, pero sin qué por ello deba convertirse el juez en justiciero, en perseguidor espontáneo de males universales, como si él fuese el único puro y todos los demás, en especial quienes desempeñan otros poderes del Estado, tuviesen siempre las manos sucias. El tipo de juez que hoy protagoniza noticias, escándalos, conferencias de prensa, cierto género de artículos, charlas radiofónicas y libros ha desnaturalizado la figura del juez constitucional, convirtiéndola bajo la forma del juez político, en la antítesis radical del anterior tipo de juez... de la sumisión al poder se pasa a la hostilidad al poder y, en particular, al Ejecutivo por sistema y como principio de actuación. Hace ya veinte años que Dieter SIMON escribió, en alemán, esto: El juez político es el abominable usurpador del trono que hasta hace poco era ocupado por el juez neutral”. Y añade “quien esto escribe prefiere otro tipo de juez... que sea discreto, consciente del enorme poder que como juez le corresponde cuando juzga y hace ejecutar sus resoluciones, no trate de aumentarlo con un protagonismo político que nadie demanda de él y que pone en peligro su imparcialidad” (pág. 144).

³⁵⁴ Entre otros se puede ver; VALLDECABRES ORTIZ, M.I., *Imparcialidad del Juez y Medios de Comunicación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004, ALMAGRO NOSETE, J. “Comentarios al artículo 24”, *Constitución Española de 1978; Comentarios a las leyes políticas, Tomo III*, Edersa, Madrid 1983. ALVAREZ VICAYA, M., *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato*, Bosch, Barcelona, 1993. ARAGÓN REYES, M. *Independencia Judicial y libertad de expresión*, Derecho Privado y Constitución, año 4, número 10, 1996. CARMONA SALGADO, C. *Libertad de información y expresión y sus límites*, Ed. Edersa, Madrid 1991. ATIENZA RODRIGUEZ, M., *Estatuto Judicial y límites a la libertad de expresión y opinión de los Jueces*, Poder Judicial nº especial XVII, 1999, págs. 435-444. MAGRO SERVET, V., *La actuación judicial y su control por el Poder Judicial y la Sociedad*, Actualidad Jurídica Aranzadi año IX, nº 399, 15 de julio de 1999, págs. 1-5. GIMENO SENDRA, V., *El control de los jueces por la Sociedad*, Poder Judicial, nº 48, 1997, pág. 37-48. TORRE CERVIGÓN, J. M., *Justicia y medios de comunicación*, Poder Judicial Número Especial XVII, 1999, pág. 307-313. QUINTERO OLIVARES, G., *Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial*, Poder Judicial, Nº Especial, 1999, pág. 335-359. GABALDON LOPEZ, J., “*Estatuto Judicial y límites a la libertad de expresión y opinión de los Jueces*”, Poder Judicial, número especial XVII, 1999, pág. 415-443. MARTINEZ-VARES GARCÍA, S., *Estatuto judicial y límites a la libertad de expresión y opinión de los jueces*, Poder Judicial, número especial XVII, 1999, págs. 373-382.

³⁵⁵ QUINTERO OLIVARES, G., *Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial*, Poder Judicial, Nº Especial, 1999, pág. 335-336.

Dice JIMENEZ VILLAREJO que el control de lo que hacen los jueces y tribunales en el desempeño de su función no sólo se realiza, en la sociedad democrática, mediante los recursos jurisdiccionales que permiten la censura y rectificación por los tribunales superiores de lo resuelto por los inferiores sino que “existe también un control difuso, pero no menos real, que se realiza a través de la crítica de la opinión pública cuando se pronuncia sobre la actuación judicial. Control que.....no es concebible si, junto al derecho a ejercerlo no se reconoce y garantiza el derecho a estar informado”³⁵⁶. Y recuerda GIMENO SENDRA que en una “sociedad democrática, todos, incluidos los magistrados, hemos de estar expuestos a la crítica de nuestras resoluciones que pueda efectuar la prensa, la cual viene a desempeñar un papel de termómetro de la legitimación del oficio judicial, pues..... en la sociedad contemporánea, la “auctoritas” no se obtiene mediante la “razón de Estado” sino “con el estado de la razón”, es decir a través de la aptitud del órgano jurisdiccional para, sin infringir nunca la Ley, traducir o interpretar el Derecho de conformidad con los valores constitucionales comúnmente admitidos por la sociedad en el momento histórico presente”³⁵⁷.

Este autor, en el mismo trabajo³⁵⁸, avanzaba ya en 1996, lo que denominó unos estándares jurisprudenciales en torno al conflicto entre la libertad de expresión y la justicia, y así manifestaba en primer lugar que habría que considerar la naturaleza pública o secreta de la actuación judicial objeto de la noticia³⁵⁹, concretando que las libertades de información y de expresión han de quedar limitadas por la necesidad de garantizar, entre otros bienes, la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, por lo que en su opinión era necesario articular otros criterios: en primer lugar determinar la naturaleza privada o pública de la persona imputada³⁶⁰, puesto que podría entenderse que la relevancia pública de la noticia legitimaría a los medios de comunicación a

³⁵⁶ JIMENEZ VILLAREJO, J., *Justicia, información y opinión pública*, Poder Judicial nº especial XVII, 1999, pág. 447-458. Pág. 448. Vid. sobre el tema del control difuso o “responsabilidad política difusa” a través del sometimiento de la labor del Juez a la crítica pública o a la opinión popular, MOVILLA ALVAREZ, *Notas sobre la responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados*, Justicia, II, 1988, pág. 416 y siguientes; MARIN CASTAN, F., *Control democrático y legitimación del Poder Judicial*, Op. Cit., pág. 109, y GONZALEZ GRANDA, P. *Independencia del Juez y control de su actividad*, Op. Cit., pág. 138.

³⁵⁷ GIMENO SENDRA, V., *El control de los jueces por la Sociedad*, Op. Cit. pág. 51.

³⁵⁸ GIMENO SENDRA, V., *El control de los jueces por la Sociedad*, Op. Cit. pág. 37-48.

³⁵⁹ Cuando la Constitución dispone que “todos tienen derecho a un proceso público” (art. 24.2 CE), que “las actuaciones judiciales serán públicas”, o que las “sentencias se pronunciarán en audiencia pública” (art. 120.1 y 3 CE) está estableciendo el principio de publicidad absoluto y no el meramente relativo; o lo que es lo mismo, nos está indicando que el titular de este derecho fundamental lo es, desde luego, el imputado, pero también todos los que integran la comunidad social, quienes han de poder presenciar el juicio oral o incluso conocer de él a través de la interposición de un medio de comunicación social, a salvo, claro está de la posibilidad que el magistrado-presidente tiene, mediante resolución motivada en la que habrá de invocar la protección de otros derechos fundamentales, de declarar el juicio “a puerta cerrada”.

³⁶⁰ Habida cuenta que lo que puede estimarse una injustificada intromisión en el derecho al honor de un particular, permite su sacrificio si el destinatario de la información judicial es un personaje público y se trata de su presunta participación en hechos punibles cometidos en el ejercicio de su cargo o que lo hagan desmerecer en el mismo (Véase en este sentido las Sentencias del TEDH “Lingens” de 8 de julio de 1986 (TEDH 1986\8), “Barfod”, de 22 de febrero de 1989 (TEDH 1989\3), “The Observer and Guardian” de 26 de noviembre de 1991 (TEDH 1991\51), “Castells” contra España, de 23 de abril de 1992 (TEDH 1992\1).

transmitirla en orden a cumplir con su función institucional, cual es la de contribuir a la formación de una opinión pública libre y plural que permita reaccionar contra los gobernantes corruptos o indignos, y en segundo lugar o como segundo criterio a tener en cuenta, sería la necesidad de determinar el derecho fundamental o bien constitucional infringidos por las libertades de emisión del pensamiento, habida cuenta que no es lo mismo la violación del derecho al honor³⁶¹, que el de la intimidad³⁶², el derecho de defensa, la presunción de inocencia o la violencia de la autoridad e imparcialidad de los Tribunales.

Esta última cuestión, el ataque a la autoridad e imparcialidad de los tribunales, por parte de los medios de comunicación si es mucho más grave, y habría que recordar lo que mencionaba GIMENO SENDRA³⁶³, que al analizar la independencia del Juez frente a la Sociedad³⁶⁴ señalaba que desgraciadamente “en nuestro país, debido, de un lado a la inexistencia de medidas de –comptent of Court- para garantizar la independencia judicial y, de otro a la despenalización que el Código Penal de 1995 efectuó del polémico delito de “desacato”³⁶⁵, se puede hoy impunemente minar la independencia judicial y lesionar la presunción de inocencia del imputado a través de los –juicios paralelos- o campañas mediáticas destinadas a influir en los miembros del Poder Judicial para que adopten determinadas decisiones, todo ello con desconocimiento de que el art. 10.2 del CEDH³⁶⁶ autoriza a limitar el ejercicio de la

³⁶¹ Que quedaría justificada si la noticia es veraz y goza de relevancia pública.

³⁶² En este caso, este derecho tienen una mayor protección constitucional habiéndose de evitarse la intromisión de terceros en la estricta esfera íntima de los ciudadanos y ello gocen o no de vida pública, pues, a toda persona física se le ha de reconocer su derecho a la intimidad. El derecho a la “intimidad personal y familiar” del art. 18.1 de la CE o el “derecho al respeto de su vida privada y familiar” del artículo 8.1 CEDH se conforman como un lógico corolario de la dignidad humana y derecho imprescindible para el libre desarrollo de la personalidad, el cual puede definirse como un “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás y necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana.

Sobre esta cuestión se puede ver la STEDH “Castells” contra España, de 22 de abril de 1992 (TEDH 1992\1), Sentencias de TC 73/1982 (RTC 1982\73), 231/1988 (RTC 1988\231), 197/1991 (RTC 1991\197), 57/1994 (RTC 1994\57), 143/1994 (RTC 1994\143), 197/1991 (RTC 1991\197).

³⁶³ GIMENO SENDRA, V.,: *Introducción al Derecho Procesal*, Op. Cit. pág. 89.

³⁶⁴ Distinguiendo entre medidas preventivas y represivas, y encuadrando en estas últimas lo dispuesto en el art. 13 y 14 de la LOPJ.

³⁶⁵ Vid. Sobre el delito de desacato la obra de JIMENEZ DÍAZ, M. J., *Los delitos de desacato en el código penal español*, Editorial Edersa, Madrid 1992.

³⁶⁶ El artículo 10 del CEDH Roma 4 de noviembre de 1950 dice “1.Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

libertad de expresión –para garantizar la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial- (STEDH “Barford” de 22 de febrero de 1989)”, lo que permitiría al legislador articular los tipos penales necesarios, que impidan que se vea afectada la confianza de la sociedad en la imparcialidad de sus tribunales, como sería el tipo penal de desacato que no existe en nuestro código penal³⁶⁷.

En opinión de QUINTERO OLIVARES, la difusión de información sobre los tribunales y la crítica a sus acuerdos y fallos “contribuye a que la jurisdicción se sienta observada y vigilada por la ciudadanía, que de ese modo ejerce una presión orientada, y ese es el punto central y necesario, a que los jueces y tribunales satisfagan la expectativas que en ellos se depositan por voluntad de la Constitución, del ordenamiento jurídico general y como depositarios últimos de la tutela de los derechos e intereses personales y generales”³⁶⁸. Por ello considera de una forma coherente que aquella actividad crítica que no vaya encaminada en la dirección mencionada, sino que persiga forzar o imponer una decisión (o censurar una decisión ya tomada siendo esta justa) y que se aleje de lo que puede ser conforme a derecho sería una crítica innecesaria, y posiblemente injustificable por el objetivo que persigue. La ciudadanía y los medios de comunicación disponen del derecho a criticar las resoluciones judiciales informando y opinando sobre ellas y hasta sobre sus autores (los jueces), pero también debe existir un límite a esta actuación, límite reiterado por el Tribunal Constitucional que a su vez sigue la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que lo marca el “respeto a la dignidad y al honor personal del Juez o magistrado, cuya lesión, es además de innecesaria en cualquier caso, intolerable en nombre del necesario respeto a la importancia y dignidad de su función, lo cual constituye por sí mismo un valor social constitucional de primera magnitud, pues en él va envuelta en buena medida la confianza misma de la Jurisdicción”³⁶⁹.

³⁶⁷ Recordemos lo que ya hemos hecho constar con anterioridad, es decir que con la promulgación del Código Penal de 1995, el legislador despenalizó en España el delito de desacato, quizás en la creencia que era inconstitucional. No obstante hemos de recordar que el TC nunca señaló la inconstitucionalidad de este tipo, lo que si señaló en el caso de las “injurias al Rey” (STC 20/1990) es que una pena privativa de libertad de hasta seis años para reprimir esta conducta era desproporcionada. Pero una cosa es la desproporción de la pena y otra la posibilidad de articular otras sanciones penales como la multa para proteger la autoridad e imparcialidad de los tribunales.

³⁶⁸ QUINTERO OLIVARES, G., *Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial*, Poder Judicial, N° Especial, 1999, pág. 342.

³⁶⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial*, Poder Judicial, op. Cit. pág. 350.

6. DERECHO A UNA RETRIBUCIÓN QUE POSIBILITE LA INDEPENDENCIA ECONOMICA (ART. 402 A 404 BIS LOPJ).

La independencia económica de Jueces y Magistrados se regula en el capítulo V del Título II dedicado a la independencia judicial, y en concreto en los artículos 402-404-bis de la LOPJ. Esta ubicación no es baladí puesto que se trata de una materia de enorme importancia y que afecta al estatuto judicial.

No se podría entender la independencia de los Jueces y Magistrados sin una independencia económica, y es por ello que el apartado 1 del art. 402 señala que el Estado garantiza la independencia económica de jueces y magistrados mediante una retribución adecuada a la dignidad de la función jurisdiccional. Esto es completado con lo previsto en el apartado dos de dicho precepto el cual dispone que también garantizará el Estado un régimen de Seguridad Social que proteja a los Jueces y Magistrados y a sus familiares durante el servicio activo y la jubilación³⁷⁰.

En opinión de MONTERO AROCA³⁷¹ esto no es más que una declaración que no va más allá de la retórica y en el mismo sentido DIEZ-PICAZO GIMENEZ³⁷² dice que cada vez que leía el artículo 402.1 de la LOPJ pensaba que se trataba de “una bien intencionada declaración de principios, una de esas proposiciones que con frecuencia se insertan en las leyes *ad pompam vel ostentationem*, pero sin verdadero contenido normativo. Y sin embargo, más allá de las declaraciones de principios, todo país debería tomarse muy en serio esa independencia económica de sus jueces”, puesto que dicha compensación económica “es necesaria para atraer a los mejores o, al menos a los competentes”, evitando también riesgos como el del incumplimiento generalizado de las incompatibilidades.

Por su parte GONZALEZ GRANDA³⁷³, señala que la retribución económica de los jueces y magistrados puede considerarse un instrumento de influencia política sobre ellos³⁷⁴, destacando la autora en torno a esta cuestión la ausencia de relevancia del

³⁷⁰ La norma que da cumplimiento a lo previsto en el art. 402.2 de la LOPJ, en lo que se refiere a los derechos sociales de Jueces y Magistrados, es el Real Decreto Legislativo 3/2000 de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el régimen especial de la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia. Asimismo es de aplicación el Real Decreto Legislativo 670/1987 de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases pasivas del Estado (RCL 1987\1305).

³⁷¹ MONTERO AROCA, J. *Autonomía del Poder Judicial e independencia del Juez*, Op.Cit. pág. 203.

³⁷² DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I. “*Sobre la independencia económica de los Jueces. Mínima reflexión al hilo de las reivindicaciones salariales de Jueces y Magistrados*”, *Tribunales de Justicia*, nº 10, 1999, pág. 847.

³⁷³ GONZALEZ GRANDA, P., *Independencia del Juez y control de su actividad*. Op. Cit., pág. 96 y 97.

³⁷⁴ Por lo que se refiere al análisis de la retribución económica de jueces y magistrados como factor de independencia y de preocupación en todos los tiempos, podemos ver a DRANGUET, *Responsabilidad e independencia del Poder Judicial*, Op. Cit., pág. 71, citando las palabras de OSSORIO Y GALLARDO de que los males de la Judicatura dependía de dos factores: falta de independencia económica y falta de independencia social; y recuerda que “de la desatención del Estado...en aquella fecha, los Jueces de Madrid, tan poco cultivadores del compañerismo, establecieron un contacto de solidaridad para obtener

CGPJ en orden al presupuesto asignado. En su opinión es evidente que el Ministerio controla económicamente a los Juzgados y Tribunales y no se trata ya de que el Poder Ejecutivo sea el único que tiene capacidad de gasto, sino que ésta es absoluta y se extiende a los aspectos más de detalle, debiendo el CGPJ remitir al Gobierno relación circunstanciada de las necesidades personales y materiales existentes, decidiendo el poder Ejecutivo. Como se ha indicado “se asiste así a una relación constante entre órganos jurisdiccionales y Ministerio, en la que a los primeros siempre piden, y el segundo concede o no de modo discrecional, sin control alguno”³⁷⁵.

Entendemos que, junto al derecho a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia que con carácter general, reconoce a todos los españoles el art. 35 de la CE³⁷⁶, el juez o magistrado debe ver compensada la dignidad de la función jurisdiccional y la necesidad de garantizar la independencia de jueces y magistrados que impone el art. 117 de la CE, lo que conlleva un rígido sistema de incompatibilidades y la renuncia a otras actividades remuneradas. Ello no es incompatible con que en la fijación de la retribución se atienda –adicionalmente- a otros factores como la productividad, como incentivo o recompensa por una especial dedicación del juez más allá de lo razonablemente exigible. Por ello, y como veremos a continuación la Ley 15/2003 de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las Carreras Judicial y Fiscal contempla junto a retribuciones complementarias otras variables en función de módulos u objetivos. Además se prevén retribuciones especiales, correspondientes a la prestación del servicio de guardia, de servicios extraordinarios sin relevación de funciones jurisdiccionales y las correspondientes a las sustituciones que impliquen el desempeño conjunto de otra función. El sistema establecido en la Ley 15/2003, lo reproduce ahora el art. 403 LOPJ, tras la redacción efectuada por la LO 19/2003.

6.1. Derechos económicos.

Como se indica en el art. 403.6 LOPJ³⁷⁷, el régimen retributivo de Jueces y Magistrados se regirá por Ley, señalando este artículo los principios y criterios de este régimen retributivo. Los principios que se especifican en el apartado 1 del art. 403.6 de la LOPJ también se reproducen en el art. 1 de la Ley 15/2003, y son los siguientes;

- Principio de objetividad
- Principio de equidad
- Principio de transparencia y

en los Presupuestos del Estado, una consignación por residencia, atendida la carestía de la vida en la Corte...”.

³⁷⁵ Vid. crítica de MONTERO AROCA, J. *Autonomía del Poder Judicial e independencia del Juez*, Op. Cit. pág. 201“.

³⁷⁶ Art. 35 CE “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.
2. La Ley regulará un estatuto de los trabajadores.”

³⁷⁷ Art. 403. 6. LOPJ “Una ley desarrollará conforme a lo previsto en los apartados anteriores, las retribuciones de los miembros de la carrera judicial.”

- Principio de estabilidad

Y los criterios son;

- la dedicación a la función jurisdiccional
- la categoría
- el tiempo de prestación de servicios
- la responsabilidad del cargo
- y el puesto de trabajo.

Esto no significa que la ley de retribuciones no pueda recoger otros conceptos distintos a los mencionados en la LOPJ, pero lo que si ha de recoger sin duda alguna son los previstos en la LOPJ.

Por medio de Ley de las Cortes Generales (por lo que se le sustrae esta materia, en un primer momento, a la intervención del Poder Judicial), vio la luz la Ley 15/2003 de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de la carrera judicial y de la carrera Fiscal (publicada en el Boletín Oficial del Estado de 27 de mayo). Esta nueva Ley, con la que se supera un periodo anterior³⁷⁸, se enmarca en el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia³⁷⁹ como un elemento dinamizador de la modernización de la Administración de Justicia, señala que la trascendencia de la función pública que desarrollan Jueces y Magistrados es de tal magnitud que exige que se establezca un estatuto jurídico que garantice su independencia, entendiendo que su independencia económica es también un elemento integrante de su independencia.

La nueva regulación normativa se plantea conseguir objetivos que califica como verdaderamente ambiciosos y que concreta en el estímulo al esfuerzo, la vertebración de la carrera judicial, la asunción de responsabilidades y el incentivo a la formación y a la especialización.

Para alcanzar estos objetivos, el nuevo marco normativo se fundamenta en los principios de objetividad, equidad, transparencia y estabilidad. Como señala la Exposición de motivos de la Ley 15/2003, “La objetividad se alcanza en esta materia

³⁷⁸ La situación anterior a la Ley 15/2003 de 26 de mayo, venía definida por la Ley 17 /1980 de 24 de abril, que distinguía entre retribuciones básicas y complementarias. La retribución básica estaría constituida por el sueldo, la antigüedad y las pagas extraordinarias, y sus cuantías se fijaban en los presupuestos generales del Estado. Por su parte las retribuciones complementarias se determinaban en el Real Decreto 391/1989 de 21 de abril.

La regulación anterior, como señala la Ley 15/2003 en su exposición de motivos, se basaba en un sistema “insuficiente en sus cuantías, pero también injustificadamente rígido y huérfano de elementos adecuados para ponderar con equidad el rendimiento individual de los jueces, magistrados y fiscales y servir de incentivo a la dedicación profesional y a la calidad en la prestación del servicio”.

No obstante a pesar de decir esto, como hemos hecho constar se sustrae en un primer momento esta materia a la intervención del Poder Judicial, con lo que hemos de recordar lo que nos decía MONTERO AROCA cuando señalaba que “el que esa retribución esté en manos del Ministerio de Justicia constituye siempre un arma enfilada contra la independencia. Es siempre de temer que la cuantía dependa de factores políticos no demasiados claros”. (MONTERO AROCA, J. “*La Función Jurisdiccional y el “Status” de Jueces y Magistrados*”, Justicia, 1986, Op. Cit. pág. 30.)

³⁷⁹ Que recordemos que en su punto 7 se refería al compromiso de remitir a las Cortes Generales el texto legislativo regulador de las retribuciones de las carreras judicial y fiscal.

haciendo depender la retribución de un conjunto de parámetros mensurables, comparables y legalmente determinados. La equidad, exige por su parte, que la remuneración de jueces, magistrados y fiscales sea expresiva de la dedicación, responsabilidad, categoría y rendimiento individual en el desempeño de las funciones jurisdiccionales y fiscales. Finalmente, la transparencia del sistema retributivo debe garantizarse a través de procedimientos e instrumentos técnicos que aseguren el seguimiento actualizado y riguroso de la actividad de los órganos jurisdiccionales y su conexión con los niveles retributivos, lo que constituye al mismo tiempo una pieza fundamental para hacer posible una adecuada planificación de las políticas públicas encaminadas a mejorar el funcionamiento de la Administración de Justicia”. El objetivo de la transparencia se articula a través del Plan de Transparencia Judicial³⁸⁰, en virtud del cual las Cortes Generales, el Gobierno, las Comunidades Autónomas, el Consejo General del Poder Judicial y los propios ciudadanos tienen a su disposición un mecanismo de información continuo, riguroso y contrastado acerca de la actividad y la carga de trabajo de todos los órganos jurisdiccionales del Estado.

Las retribuciones de los Jueces y Magistrados (salvo la de los Magistrados del Tribunal Supremo que no se establecen en esta Ley 15/2003, sino que se establecen con carácter anual en la Ley de Presupuestos Generales del Estado) se integran por un componente fijo y otro variable por objetivos, cuyos elementos de cuantificación se delimitan con detalle en la ley. Distinguiendo;

a.- Las retribuciones fijas que remuneran la categoría y antigüedad en la carrera judicial de cada uno de sus miembros así como las características objetivas de las plazas que ocupan. (Art. 2.2 Ley 15/2003). Las retribuciones fijas se descomponen a su vez en retribuciones básicas, y retribuciones complementarias.

a.1. Retribuciones básicas³⁸¹.

Esta formada por el sueldo y la antigüedad, retribuyéndose la antigüedad mediante un incremento sucesivo del cinco por ciento del sueldo inicial correspondiente a la categoría de ingreso por cada tres años de servicio. Mediante el sueldo se remunera la categoría que se ostenta dentro de la carrera judicial

También tendrán derechos los Jueces y Magistrados a dos pagas extraordinarias al año, equivalentes cada una a una mensualidad del sueldo y antigüedad, que se incrementará con una cantidad proporcional al complemento de destino en los términos que se fijen por la ley para el conjunto del sector público estatal.

a.2. Retribuciones complementarias.

³⁸⁰ El Plan de transparencia judicial es un instrumento técnico novedoso en nuestro ordenamiento jurídico, que pretende resolver la falta de información necesaria para un adecuado seguimiento de la actividad jurisdiccional. Las finalidades de dicho plan de transparencia judicial se recogen en el art. 14.1 de la Ley 15/2003.

³⁸¹ Artículo 4 de la Ley 15/2003.

Como retribuciones complementarias entendemos el complemento de destino y el complemento específico. El primero acoge el criterio poblacional combinado con las condiciones objetivas de representación vinculadas al cargo desempeñado y otras circunstancias asociadas al destino, y el segundo remunera las condiciones especiales de determinadas plazas afectadas por una singular responsabilidad, complejidad o penosidad.

El complemento de destino regulado en el art. 5 de la Ley 15/2003 se cuantifica atendido a los siguientes criterios;

- Al grupo de población en que se integre el órgano judicial que sirve al Juez o Magistrado.
- A las condiciones objetivas de representación vinculadas al cargo
- A otras circunstancias del destino.

Las cuantías se recogen en los anexos previstos en la ley, y para ello se atiende a la siguiente sistemática; Con carácter general todos los Jueces y Magistrados perciben complementos de destino por razón del grupo de población en el que se integran y por representación. Asimismo se recogen cinco supuestos de circunstancias especiales en atención al lugar geográfico en que tienen su destino el Juez o Magistrado³⁸².

Por lo que se refiere al complemento específico, como ya hemos adelantado, este remunera la especial responsabilidad, la exigencia de una formación especial, y la complejidad del destino o su penosidad. En el anexo correspondiente de la ley se recogen los conceptos de responsabilidad³⁸³, y penosidad³⁸⁴. Las plazas dotadas con complemento específico se enumeran en el anexo III de la Ley (art. 6 Ley 15/2003.).

b.- Por su parte las retribuciones variables por objetivos, que en ningún caso son consolidables, remuneran conforme a criterios transparentes que reglamentariamente se establezcan, el rendimiento individual de los jueces y magistrados en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales y profesionales. A estas retribuciones se dedica el capítulo III de la Ley 15/2003, (artículos 7 a 11)³⁸⁵.

Estas retribuciones se vinculan al rendimiento individual acreditado por cada Juez o Magistrado en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales y profesionales (art. 7.1 Ley 15/2003). Se entiende que un sistema retributivo justo

³⁸² País Vasco, Gran Canaria y Tenerife, otras islas del archipiélago canario, Islas Baleares y Valle de Arán, y Ceuta y Melilla.

³⁸³ Se refiere a la Presidencia de órganos judiciales, Juzgados Centrales y Decanos designados por elección.

³⁸⁴ Se reconoce a los Magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Juzgados Centrales de Instrucción, de lo Penal y de Menores y Decanos exentos de funciones jurisdiccionales.

³⁸⁵ Vid. Sobre retribución variable y el cumplimiento del rendimiento correspondiente a su destino, la STS, Sala 3ª, Sección 7ª, de 23 de abril de 2007 (Recurso número 295/2004). RJ 2007\5748.

no puede ser indiferente al cumplimiento especialmente eficaz de las obligaciones profesionales y a la agilidad en el despacho de los asuntos, parámetros estos, que en opinión del legislador, ponen de manifiesto el grado de satisfacción de la demanda social de calidad en la prestación de servicios públicos³⁸⁶.

En desarrollo de este capítulo III de la Ley 15/2003 de la Retribuciones de la Carrera Judicial y Fiscal, se dictó el Acuerdo de 3 de diciembre de 2003 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se aprueba el Reglamento 2/2003 para el cumplimiento de la Ley 15/2003 de 26 de mayo en lo relativo a las retribuciones variables por objetivos de los miembros de la Carrera Judicial³⁸⁷. Dicho reglamento fue impugnado por la Asociación Judicial Francisco de Vitoria en recurso Contencioso Administrativo 14/2004, visto en la Sección séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que dictó Sentencia con fecha 3 de marzo de 2006 (RJ 2006\1899)³⁸⁸ que estimando el recurso interpuesto por la mencionada Asociación judicial contra el Reglamento 2/2003, procede a acordar su nulidad³⁸⁹.

Señala la ponente, Excm.a Sra. ROBLES FERNÁNDEZ en el fundamento de derecho segundo in fine de la referida sentencia que “El artículo 402 de la LOPJ establece que el Estado garantiza la independencia económica de los jueces y magistrados mediante una retribución adecuada a la dignidad de la función jurisdiccional y su art. 403 dice que el régimen de retribuciones de jueces y magistrados se inspirará en los principios de objetividad, equidad, transparencia y estabilidad atendiendo a la función jurisdiccional, a la categoría y al tiempo de prestación de servicios retribuyéndose la responsabilidad del cargo y el puesto de trabajo. Un régimen de retribuciones que responda a estos principios no podrá estar basado primordialmente en criterios que atiendan a consideraciones marcadamente productivistas”. Asimismo se indica en la sentencia que la independencia consagrada en el art. 117 de la Constitución, comprendida en toda su dimensión, ha de entenderse como una exigencia para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuando derecho fundamental de los ciudadanos constitucionalmente proclamado y cuyo otorgamiento se configura como función esencial de los jueces y magistrados

³⁸⁶ En este sentido se manifiesta LOPEZ-MEDEL BASCONES, J.; “*El impulso normativo para la modernización de la Justicia*”, Revista Poder Judicial, nº 71, 2003, pág. 362.

³⁸⁷ Dicho Reglamento 2/2003 del CGPJ, señala en su exposición de motivos que son dos los aspectos cuya reglamentación los artículos 8 y 9 de la Ley 15/2003 atribuyen al órgano de gobierno del Poder Judicial, por un lado la determinación de los objetivos de rendimiento y correspondientes a los destinos de la carrera judicial, y de otro, los pormenores del procedimiento de certificación de su cumplimiento por parte de los Jueces y magistrado, destacando como uno de sus elementos de garantía el expediente contradictorio previo a dicha certificación, y de estas dos cuestiones se ocupan los dos capítulos en los que se estructura el referido reglamento.

³⁸⁸ En el BOE de 10 de abril de 2006 se publicó el fallo.

³⁸⁹ Asimismo el mencionado Reglamento 2/2003 aprobado por Acuerdo del CGPJ de 3 de diciembre de 2003 fue impugnado por la Asociación Profesional de la Magistratura que dio lugar al Recurso ordinario número 16/2004, en el que se dictó también sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 3 de marzo de 2006, en los mismos términos que para el recurso ordinario 14/2004.

que constituyen el poder judicial, siguiendo en este sentido a la STC 105/2000 de 13 de abril (fundamento de derecho tercero).

En definitiva entiende el Tribunal Supremo que “el otorgamiento de una auténtica tutela judicial efectiva, exige a jueces y magistrados la intervención, examen y resolución perfectamente individualizada y motivada en relación con el concreto y particular asunto objeto de controversia, y ese estudio pormenorizado ha de traducirse necesariamente en criterios de calidad y atención individualizada, incompatibles en ocasiones con únicas referencias cuantitativas en cuanto a número de asuntos resueltos, según parámetros que resulten puramente productivistas, y por tanto ajenos o alejados de un estudio ponderado y reflexivo”. El régimen retributivo contenido en la Ley 15/2003 “más que servir de estímulo a la producción, tiene como objetivo fundamental garantizar la independencia económica, en cuanto una de las dimensiones de la independencia judicial, y fin al que inmediatamente sirve, esto es el otorgamiento de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos, que requiere el examen individualizado y pormenorizado de la concreta pretensión que ante el órgano jurisdiccional se ejercita”. (FD Cuarto).

El Reglamento del CGPJ 2/2003 es nulo, al no responder a la habilitación que le venía dada por la Ley 15/2003, puesto que dicho Reglamento “en su anexo I, que no tiene en cuenta la dedicación precisa para cada caso concreto, en el ejercicio de la función jurisdiccional, lo que hubiera resultado indispensable para valorar el rendimiento individualizado de jueces y magistrados en el cumplimiento de esa función, para otorgar una tutela judicial efectiva y acepta que atiende a unos estándares, que dice parten de una práctica que trata de deducir de unos presupuestos, a los que únicamente se refiere en abstracto con relación a “tiempos invertidos o por grupos de jueces durante un determinado período de tiempo” o a la selección de “determinados órganos judiciales como modelos de funcionamiento”.

Continúa la Sala Tercera con su argumentación diciendo que “ese proceder se traduce entre otros resultados, en unos módulos de dedicación que se otorgan a los diferentes asuntos tramitados por los distintos órganos jurisdiccionales, sin motivación de las razones que llevan a fijar una u otra puntuación y sin la más mínima pormenorización o valoración de las distintas incidencias de cada procedimiento, en relación a las pretensiones en él deducidas y de la particularizada respuesta jurisdiccional que en cada caso de forma motivada ha de prestarse a los fines previstos en el art. 24.1 de la Constitución, optándose por un criterio cuantitativo, no siempre generador ni respetuoso por su propia naturaleza con las exigencias propias de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva sin generar indefensión”.

b.1. Sistema de determinación de los objetivos.

Aquí es esencial, y así lo marca la ley, la intervención central del Consejo General del Poder Judicial en dos momentos diferentes, en un primer momento señalará para cada destino en la carrera judicial el objetivo que considere más adecuado conforme a módulos de dedicación

u otros criterios técnicos que estime convenientes³⁹⁰ (art. 8.1 Ley 15/2003). En un segundo momento el CGPJ remitirá al Ministerio de Justicia, antes del día 15 de los meses de enero y julio certificación relativa al cumplimiento de los objetivos antes fijados por los miembros de la Carrera Judicial (art. 8.2 Ley de retribuciones de la carrera judicial y fiscal)³⁹¹.

b.2. Cuantía de la retribución variable.

La perciben sólo los jueces y magistrados que en el semestre anterior hubiesen superado en un veinte por ciento el objetivo correspondiente a su destino, de acuerdo con la certificación remitida por el Consejo General del Poder Judicial al Ministerio de Justicia (art. 9.1 Ley 15/2003).

La cuantía a percibir será de entre un cinco y un diez por ciento de las retribuciones fijas.

b.3. Reducción retributiva.

Los Jueces y Magistrados que en el semestre anterior no hayan superado el ochenta por ciento del objetivo correspondiente a su destino por causas que les sean atribuibles, verán reducidas un cinco por ciento sus retribuciones fijas. Para ello será necesario un expediente contradictorio previo reglamentado, tramitado y resuelto por el CGPJ (art. 9.2 Ley 15/2003).

b.4. Límites de las retribuciones variables.

Se establece un límite de las retribuciones variables, y así a las mismas el crédito total que en cada ejercicio presupuestario les sea

³⁹⁰ Se entiende que el CGPJ es conocedor directo y privilegiado de estos extremos, y asimismo es órgano de gobierno del Poder Judicial Por lo tanto hay que convenir que conoce la carga razonable de trabajo de cada órgano judicial así como las singularidades y características de los asuntos que debe resolver, su complejidad, así como todos los extremos que afectan al ejercicio de la función judicial. Por lo que parece acertada la previsión legal y además adecuada y coherente con la función de gobierno del Poder Judicial que encomienda la Constitución al CGPJ. Y asimismo, dispone del Servicio de Inspección de Juzgados y Tribunales que les proporcionará una información de primer orden.

Si la modificación o fijación de objetivos que hace el CGPJ puede afectar a las retribuciones variables, el acuerdo que los apruebe deberá constar con informe favorable del Ministerio de Justicia y si tuviese repercusión presupuestaria deberá ser informada favorablemente por el Ministerio de Hacienda. Lo cual habrá de ser lo normal puesto que es complicado configurarse un supuesto en que la determinación de objetivos no vaya a tener efectos sobre las retribuciones variables ni incidencia presupuestaria.

³⁹¹ El sistema de retribuciones variables por objetivos determinadas por el CGPJ, es decir la graduación de las retribuciones de jueces y magistrados, es según NIETO el tercer elemento que cierra el círculo (junto con el control de la carrera, y el control disciplinario) de una dependencia política, profesional y económica, de un órgano de naturaleza administrativa “y de sustancia política”, que desmiente los pretendido títulos de independencia y supera en rigor a las organizaciones tradicionalmente más jerarquizadas como puede ser la militar. Vid. NIETO, A, *El desgobierno del Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 75.

asignado no superará el cinco por ciento de la cuantía global de las retribuciones fijas de los miembros de la carrera judicial³⁹².

b.5. Programas de actuación por objetivos.

Hay que recordar que en el art. 216 bis y siguientes de la LOPJ³⁹³ se recogen medidas de refuerzo, pero no se precisan retribución alguna de los Jueces y Magistrados. Por lo que la misma deberá ser señalada por el propio programa que establezca la medida de refuerzo³⁹⁴.

c) Retribuciones especiales.

Son las que se refieren, como señala el artículo 12 de la Ley 15/2003, al desempeño de servicios de guardia, a la prestación de servicios extraordinarios sin relevación de funciones jurisdiccionales, y a las sustituciones que impliquen el desempeño conjunto de otra función. (art. 403.5 LOPJ)

La Ley no aclara ni precisa que son servicios extraordinarios, aunque podría pensarse que se refiere a las Comisiones de Servicios sin relevación de funciones jurisdiccionales. Estas retribuciones son compatibles con las demás retribuciones.

Por otro lado con esta norma, y al señalar el art. 12.3 de la Ley 15/2003 que los requisitos de estas retribuciones, su devengo y su cuantía se regularán reglamentariamente por el Gobierno, se rompe la sistemática de la ley de establecer con carácter total las retribuciones judiciales, puesto que como decimos se remite a la regulación reglamentaria del Gobierno una parte de estas retribuciones, permitiendo por lo tanto la participación del ejecutivo.

Dicha regulación reglamentaria por parte del gobierno se concreta en el Real Decreto 431/2004 de 12 de marzo (BOE de 23 de marzo de 2004) del Ministerio de la Presidencia por el que se regulan las retribuciones previstas en la disposición transitoria tercera de la Ley 15/2003 de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las Carreras judicial y fiscal³⁹⁵, regulando este real decreto las siguientes retribuciones;

³⁹² Se distribuirá proporcionalmente entre los que hayan acreditado el derecho a su percepción, respetando los márgenes porcentuales correspondientes. Vid. Art. 9.3 Ley 15/2003.

³⁹³ Conformando un capítulo introducido por la LO 16/1999.

³⁹⁴ La aprobación de estos programas exige la autorización del Ministerio de Justicia, previa constatación de la existencia de recursos presupuestarios suficientes para su financiación.

³⁹⁵ La disposición transitoria tercera de la Ley 15/2003, señala que en tanto no se dicten nuevas normas reguladoras, la retribución correspondiente a la actuación accidental o esporádica en cargo retribuido en las carreras judicial y fiscal en concepto de suplencias, las sustituciones que impliquen el desempeño de otra función, la realización de funciones ajenas a las propias del puesto de trabajo y la participación en programas concretos de actuación y la realización de servicios de guardia en sus distintas modalidades continuará rigiéndose por lo dispuesto en el Real Decreto 391/1989 de 21 de abril y en las órdenes ministeriales por las que se regula la cuantía del complemento de destino por servicios de guardia.

- Las retribuciones especiales devengadas por los miembros de las Carreras judicial y fiscal como consecuencia de las sustituciones que impliquen el desempeño conjunto de otra función o de la prestación de servicios extraordinarios sin relevación de funciones jurisdiccionales.
- Las retribuciones devengadas por los miembros de las carreras judicial y fiscal como consecuencia de su participación en programas de actuación por objetivos autorizados por el Ministerio de Justicia.
- El régimen retributivo aplicable a los magistrados suplentes y a los jueces y fiscales sustitutos.

d) Retribuciones de los Jueces adjuntos.

Por último de las retribuciones de los Jueces adjuntos se ocupa la Disposición adicional Cuarta de la Ley 15/2003 de retribuciones de la Carrera Judicial y Fiscal, a los que se refiere como Jueces en expectativa de destino. Los mismos percibirán con cargo a los presupuestos del Ministerio de Justicia las retribuciones básicas correspondientes a la categoría de Juez y las retribuciones complementarias del destino que efectivamente desempeñen, cuando para ello fueran llamados de acuerdo con lo establecido en la LOPJ (art. 308.2 LOPJ). No obstante en cuanto permanezcan adscritos al Consejo General del Poder Judicial, sin ser llamados al ejercicio de funciones jurisdiccionales, percibirán las mismas retribuciones con cargo a los presupuestos del CGPJ. Ahora bien, en este último caso, si no ejercen funciones jurisdiccionales, y por lo tanto no sirven ningún órgano judicial en concreto, se plantea el problema de cómo determinar las retribuciones complementarias.

6.2. Derechos Sociales.

Como todo trabajador, el funcionario tiene derecho a la cobertura de ciertos riesgos y de sus necesidades vitales a través de un régimen de seguridad Social, más aún que como trabajador, como ciudadano, si nos atenemos al mandado del artículo 41 de la CE.

Históricamente el sistema de seguridad social de los funcionarios públicos ha sido, sin embargo, distinto (y no siempre en todos los casos más favorables) del aplicable al resto de los trabajadores por cuenta ajena. Y no sólo, sino que durante mucho tiempo ha reflejado, en su vertiente mutualista, el particularismo y las diferencias de trato entre los distintos cuerpos. Muchos de estos cuerpos, sobre todo lo de mayor importancia, han contado con mutualidades específicas, que procuraban un sistema de protección desigual, desigualdad, que en opinión de SANCHEZ MORÓN³⁹⁶, era tanto más hiriente cuanto que las mutualidades venían siendo subvencionadas por el Estado con criterios que reflejaban el modelo de jerarquía corporativa. Todo este panorama ha sufrido grandes cambios en las últimas décadas, debido entre otras razones, a las crisis de muchas mutualidades funcionariales que obligó al Estado a tomar medidas para capitalizar el sistema y garantizar su supervivencia y por otro lado por la aplicación de los principios de igualdad material y solidaridad social que la Carta Magna avala, siendo la tendencia hoy día la de homogenización del régimen público de

³⁹⁶ SANCHEZ MORON, M., *Derecho de la Función Pública*, Cuarta edición, Ed. Tecnos, Madrid 2004. pág. 221.

previsión social, que garantice unas prestaciones básicas, más allá de las cuales cada ciudadano puede procurarse mejoras individuales o de grupo.³⁹⁷

Hoy en día podemos señalar que sin perjuicio de la posible existencia de otras mutuas de funcionarios con carácter voluntario, y por tanto, no subvencionadas por el Estado, junto a MUFACE³⁹⁸ solo subsisten, de manera diferenciada, una mutualidad obligatoria para los funcionarios militares (ISFAS) y otra para los de la Administración de Justicia (MUGEJU). Estas entidades de mutualismo administrativo, sin embargo, sólo cubren una parte de los riesgos y necesidades de los funcionarios del Estado, ya que el resto se provee, como ha sido tradicional, mediante la legislación de derechos pasivos, aplicables a todos ellos.

Hechas las consideraciones anteriores respecto de los derechos sociales del funcionario público, hemos de referirnos que para el caso de jueces y magistrados es en el apartado 2 del art. 402 de la LOPJ, en el que garantiza un régimen de seguridad social que proteja a los mismos y a sus familiares durante el servicio activo y la jubilación. Es el Real Decreto Legislativo 3/2000 de 23 de junio en el que se refunden las disposiciones legales vigentes sobre el régimen especial de la seguridad social al servicio de la Administración de Justicia, el que regula el aspecto que comentamos³⁹⁹.

Por otro lado la STS, Sala Tercera, Sección séptima, de 21 de octubre de 2003, (cuestión de ilegalidad núm. 7/2002)⁴⁰⁰ declara la nulidad del apartado 2 del artículo 1 del Real Decreto 960/1990 de 13 de julio, por el que se integra en el Régimen General de la Seguridad Social al personal interino al servicio de la Administración de Justicia, exclusivamente en cuanto tal precepto no comprende en su ámbito a los jueces sustitutos que no desempeñan ininterrumpidamente sus funciones durante más de un mes. La Sala entiende que dichos jueces reúnen todos los requisitos para ser calificados como personal interino al servicio de la Administración de Justicia, por lo que su exclusión del Régimen General de la Seguridad Social vulnera la disposición adicional sexta de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1988, que autorizaba al gobierno a integrar en el Régimen General de la Seguridad Social al personal interino de la Administración de Justicia, sin facultarle para hacer otros distingos.

³⁹⁷ Mutualidades privadas, planes de pensiones, seguros

³⁹⁸ MUFACE es la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, de carácter obligatorio, y a la que se han ido incorporando sucesivamente, mutualidades, asociaciones, montepíos, y demás entidades de previsión de colectivos determinados.

³⁹⁹ Por lo que se refiere a la legislación en materia de clases pasivas, la misma se contiene en el Real Decreto Legislativo 670/1987 de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases pasivas del Estado.

⁴⁰⁰ Vid. RJ 2003\7253.

7. INVIOLABILIDADES, INMUNIDADES Y AFORAMIENTOS. DERECHO A GOZAR DE LA DENOMINADA “INMUNIDAD JURISDICCIONAL”.

El ámbito de la función jurisdiccional, coincide, como faceta de la soberanía del Estado, con el de ésta, y proyección de esto es la realidad de que determinados oficios o cargos públicos dan lugar a inviolabilidades, inmunidades o aforamientos absolutos o relativos que limitan la igualdad ante la ley material o procesal, estableciendo situaciones que se justifican en el ejercicio de la función que se desarrolla⁴⁰¹.

Las inmunidades (art. 398 LOPJ) los fueros procesales (arts. 56.2º y 3º, 57.2º y 3º, 61.3º y 4º, 73.2.b y 3b) y otras prerrogativas judiciales (art. 399 y 400 LOPJ) son justificables según los casos como garantías de la función jurisdiccional o como manifestaciones de la jerarquización de la carrera; no como privilegios personales.

7.1. Fueros procesales.

En cuanto a los fueros procesales, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, apartado 2º y 3º del art. 56 de la LOPJ, conocerá “2º. De las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo, dirigidas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidentes de la Audiencia Nacional de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado, Defensor del Pueblo y Presidente y Consejeros de una Comunidad Autónoma, cuando

⁴⁰¹ Vid. a modo de ejemplo lo dispuesto en el art. 71 de la CE que señala que “1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

2. Durante el periodo de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y solo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.

3. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

4. Los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por las respectivas Cámaras”.

Como ha declarado reiterada jurisprudencia constitucional, la garantía de aforamiento especial ex art. 71.3 CE no es otra que la de proteger la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio Poder Judicial frente a potenciales presiones externas o las que pudiera ejercer el propio encausado por razón del cargo que desempeña (cfr. SSTC 17 de marzo de 2001, Sentencias nº 64,65,66,68,69)).

También lo señalado en el art. 102.1 CE “La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.”.

Por otro lado en el Reglamento del Congreso de los Diputados, art. 10 a 14, inviolabilidad e inmunidad de los diputados, y para el caso de Senadores art. 21 y 22 del Reglamento del Senado.

Art. 22 y 26 de la LOTC para la inviolabilidad y fuero de los magistrados del Tribunal Constitucional.

Art. 6.2, 6.3, y 8.4 de la Ley Orgánica reguladora del Defensor del Pueblo que regulan la inviolabilidad, inmunidad y fuero del Defensor del pueblo y de sus adjuntos en parte.

La Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 12 de mayo de 1982, regula en su artículo 35.1 el fuero de sus miembros.

Y por último los artículos 750 a 756 regula los procesos especiales contra senadores y diputados.

así lo determine su Estatuto de Autonomía”, y asimismo conocerá “3º. De las demandas de responsabilidad civil dirigidas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia por hechos realizados en el ejercicio de sus cargos”.

Asimismo el art. 57.1 de la LOPJ establece que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá “2º De la Instrucción y del enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, miembros del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía”, por su parte el punto tercero dice que también conocerá la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo “3º De la Instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia”.

Por otro lado, el art. 61.1 de la LOPJ establece que “Una Sala formada por el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala y el magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas conocerá:3º De las demandas de responsabilidad civil que se dirijan contra los Presidentes de Sala o contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una Sala de dicho Tribunal por hechos realizados en el ejercicio de su cargo. 4º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra los Presidentes de Sala o contra los magistrados de una Sala, cuando sean juzgados todos o la mayor parte de los que la constituyen”.

Finalmente, según el art. 73.2 de la LOPJ la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, conocerá como Sala de lo Civil, entre otras competencias, “b) En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo contra todos o la mayor parte de los magistrados de una Audiencia Provincial o de cualesquiera de sus secciones”. Y el art. 73.3 de la LOPJ dice que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, conocerá como Sala de lo Penal, y entre otras competencias, de “b) La instrucción y el fallo de las causas penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la comunidad autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo”.

7.2. Inmunidad.

A la inmunidad Judicial se dedica el Capítulo III del Título II del Libro IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial, intentando proteger a los Jueces y Magistrados de aquellas actuaciones de otras autoridades que pudieran suponer un menoscabo en su función, afectando su actividad jurisdiccional o dirigiendo su voluntad.

Señala MONTERO AROCA⁴⁰² que bajo el título de inmunidad judicial, los arts. 398 a 400 de la LOPJ comprenden cosas muy distintas, algunas de las cuales no tienen

⁴⁰² MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, 12ª Edición, Valencia 2003, pág. 173.

nada que ver con la verdadera inmunidad. En sentido estricto, dice, la inmunidad es un privilegio de los parlamentarios de no ser detenidos sino en caso de flagrante delito y de no ser inculcados ni procesados sino con autorización de la Cámara (Art. 71.2 CE)⁴⁰³, y cosa distinta es la inviolabilidad que equivale a irresponsabilidad y a la que se refiere la CE en sus arts. 56.3 para el Rey⁴⁰⁴ y 71.1 para los parlamentarios⁴⁰⁵.

La LOPJ utiliza el concepto de inmunidad como un derecho de los Jueces y Magistrados, con un claro desacierto terminológico por cuanto que lo que se incluyen en estos preceptos (arts. 398 a 400 de la LOPJ), son una serie de especialidades frente a las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en caso de presunta comisión de delito, e incluso engloba bajo el concepto determinadas reglas de comportamiento que se deben observar en consideración a lo que representan los Jueces y Magistrados.

En opinión de VALENCIA MIRÓN⁴⁰⁶, “la inmunidad hay que referirla a ciertas funciones cuyo desempeño requiere, por razón de las mismas y no de la persona, que el Estado renuncie a hacer efectivo su derecho a exigir la imposición de la pena, y por esto concretamente en el ordenamiento español sólo se le reconoce con tal amplitud al Rey y, de modo relativo, a Diputados y Senadores, al Defensor del Pueblo o a los Magistrados del Tribunal Constitucional, referida a las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”.

La llamada inmunidad judicial comprende: en primer lugar la detención. El artículo 398 regula las limitaciones a la detención de los Jueces y Magistrados que se hallen en servicio activo, señalando que “...sólo podrán ser detenidos por orden del Juez competente” en este caso no directamente por la policía, “o en caso de flagrante delito...”, en este caso si podrá la policía detenerlos. En el caso de que se proceda a la detención del Juez o Magistrado se dará cuenta inmediatamente al Presidente del Tribunal o de la Audiencia de quien dependa el Juez o Magistrado, tomándose por la autoridad judicial que corresponda las medidas necesarias tendentes a atender a la sustitución del detenido, con el objeto de que no se vea afectado el servicio de la Administración pública (art. 398.2 LOPJ).

En segundo lugar, a la intimación (art. 399 LOPJ). Por lo que se refiere a las reglas de comportamiento que han de ser observadas prescriptivamente en consideración a lo que representan los Jueces y Magistrados, la LOPJ, dispone que las

⁴⁰³ Art. 71.2 CE “Durante el periodo de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva”

⁴⁰⁴ Art. 56.3 CE “La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida por el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el art. 65.2.”

⁴⁰⁵ Art. 71.1 CE “Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”.

⁴⁰⁶ VALENCIA MIRON, A.J.; *op. cit.* pág. 215

autoridades civiles y militares no pueden intimar⁴⁰⁷ a los jueces y magistrados, ni citarlos para que comparezcan a su presencia⁴⁰⁸.

Y en tercer lugar y también en el art. 399.1 de la LOPJ se establece un privilegio de cómo prestar la declaración testifical, no una exención de declarar. Por lo tanto;

- Cuando necesiten datos o declaraciones que pueda facilitarle un Juez o Magistrado, y que no se refieran a su cargo o función, se solicitarán por escrito o se recibirán en el despacho oficial de éste previo aviso.

- Cuando se trate de un proceso penal, la declaración debe prestarse inexcusablemente, pero el cómo debe realizarse depende de la categoría de la autoridad judicial que ha de recibir tal declaración (art. 399.1 y 400 LOPJ). Si el que ha de recibir la declaración fuere de categoría inferior a quién ha de prestarla acudirá al despacho oficial del Juez o magistrado, previo aviso, señalándose día y hora.

Por último cuando se trate de auxilio o cooperación por razón del cargo o de la función jurisdiccional, se prestará sin tardanza, salvo que el acto a ejecutar no esté legalmente permitido o se perjudique la competencia propia del Juez o Tribunal. La denegación se comunicará a la autoridad peticionaria con expresión suficiente de la razón que la justifique (art. 399.2 LOPJ).

7.3. El control previo de verosimilitud de la querrela para exigir responsabilidad penal a jueces y magistrados. (El intento de recuperar el “antejuicio”)

Caso paradigmático es el supuesto de la exigencia de responsabilidad penal a Jueces y Magistrados. Conforme al art. 405 LOPJ se establece que dicha “responsabilidad penal de los jueces y magistrados por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de las funciones de su cargo se exigirán conforme a lo dispuesto en esta ley”, y hemos de poner este precepto en relación a lo dispuesto en el art. 410 también de la LOPJ que dice que “En el caso de que alguna de las partes en un proceso, o persona que tuviese interés en él, formulara querrela contra el juez o magistrado que deba resolver en dicho proceso, con carácter previo a la admisión de ésta el órgano competente para su instrucción podrá recabar los antecedentes que considere oportunos a fin de determinar su propia competencia así como la relevancia penal de los hechos objeto de la misma o la verosimilitud”.

Ciertamente esto no puede por menos que sorprender habida cuenta que la Disposición Adicional primera de la LO 5/1995 del Tribunal del Jurado⁴⁰⁹ derogó el art. 410 de la LO 6/1985 del Poder Judicial⁴¹⁰ y el Título II del Libro IV de la Ley de

⁴⁰⁷ Hemos de entender por intimar, “apremiar, ejercer fuerza, hacer saber con autoridad”.

⁴⁰⁸ Vid. art. 508 y 509 del Código Penal en relación a los ataques contra la independencia de Jueces y Magistrados.

⁴⁰⁹ La Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado dice “*Supresión del antejuicio. Quedan derogados el artículo 410 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y el Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”.

⁴¹⁰ El originario art. 410 de la LOPJ 6/1985 señalaba que “*1. Para que pueda incoarse causa, en virtud de querrela del ofendido, o en el caso de ejercerse la acción popular, con el objeto de exigir responsabilidad*

Enjuiciamiento Criminal con la finalidad de suprimir la especialidad procesal del antejuicio de nuestro ordenamiento jurídico procesal. Sin embargo la reforma de la LO 19/2003 de 23 de diciembre ha vuelto a introducir un sistema de control previo de verosimilitud de la querrela con lo dispuesto en el actual art. 410 LOPJ.

La experiencia ha demostrado que el art. 313 de la LECr⁴¹¹. no permite cumplir la función encomendada al suprimido antejuicio, esto es, impedir que se altere la serenidad del ánimo de los jueces con ocasión de querrelas temerarias y abusivas. El juicio previo sobre la seriedad de la querrela es una institución “destinada a garantizar la independencia y la dignidad de quienes ejercen la función jurisdiccional” (STC 61/91, Autos TS de 24 de septiembre de 1986 y 1 de marzo de 1988). Esto es, con ello no se protege al juez como ciudadano, sino como juez. El art. 410 LOPJ, supone pues, una medida preventiva, una salvaguarda, destinada a proteger la actuación jurisdiccional del peligro de querrelas temerarias presentadas por móviles espurios. El sistema se completa con la nueva redacción dada a la causa 4ª de abstención del art. 219 LOPJ⁴¹², para la que no basta la mera denuncia o acusación, sino que es preciso que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento. Por lo tanto ambos preceptos, el artículo 410 y el 219, ambos de la LOPJ, se complementan adecuadamente evitando que litigantes descontentos con las actuaciones o resoluciones de un juez o magistrado utilicen la querrela como medio para lograr, torticeramente, apartarle del conocimiento del asunto.

penal a Jueces o Magistrados deberá proceder un antejuicio con arreglo a los trámites que establecen las leyes procesales y la declaración de haber lugar a proceder contra ellos.

2. Del antejuicio conocerá el mismo Tribunal que, en su caso, deba conocer de la causa”.

⁴¹¹ El art. 313 de la LECr. señala que “Desestimaré en la misma forma la querrela cuando los hechos en que se funde no constituyan delito, o cuando no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma.

Contra el auto a que se refiere este artículo procederá el recurso de apelación, que será admisible en ambos efectos”

⁴¹² El Art. 219.4º de la LOPJ, especifica que es causa de abstención, y en su caso de recusación “4º. Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubiera dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento”.

8. DERECHO A LA INAMOVILIDAD.

Sin la independencia de los jueces, dice BLUNSTCHLI,⁴¹³ es imposible la administración de justicia, y asimismo no hemos de olvidar las palabras de BENTHAM⁴¹⁴, alejado tanto de las doctrinas del derecho natural como del contrato social, que planteaba la cuestión de la independencia de los jueces en base a las condiciones intrínsecas de los jueces en cualquier régimen político, y así, decía que “Es una hermosa palabra esta de independencia, cuando se aplica al valor moral de un juez que resiste a la autoridad y a poderosas sollicitaciones; pero es necesario no dejarse engañar por esta palabra: si se abusa para concluir que un juez debe ser independiente al extremo de no tener que rendir cuenta de su conducta, de no inquietarse de la opinión pública, de mirar su puesto como una propiedad que sólo podría perder por malversaciones comprobadas, se verían bien pronto los resultados deplorables en la negligencia de sus deberes o la altanería y el despotismo de sus maneras”, por ello en opinión de RECA⁴¹⁵ ha de existir la posibilidad de remover a los jueces, pero fundamentado en un juicio bien madurado al que se ha llegado con plena información, y en base a causas como negligencia, faltas o delitos en el ejercicio de las funciones e inhabilidad física o mental.

Por su parte STUART MILL⁴¹⁶, considera que en la inamovilidad se encuentra generalmente la más sólida garantía de la independencia de los jueces, pues si los jueces fueran amovibles, “el primer individuo deseoso de suplantar a un juez encontraría motivos de destitución en todas sus sentencias y agitaría constantemente la opinión pública”, y en el mismo sentido se expresaba también CONSTANT⁴¹⁷ en el siglo XIX diciendo que la independencia de los jueces, “no es asegurada más que por la inamovilidad”. Por otro lado MORTATI señalaba que “La inamovilidad asegura al magistrado la estabilidad del cargo, la permanencia en el puesto, en la sede, en las funciones...sustrayéndole así a todo traslado o cese que no sea voluntario o dispuesto por motivos expresamente establecidos en el ordenamiento judicial”⁴¹⁸, y por su parte PRIETO-CASTRO nos daba un concepto de inamovilidad refiriéndose a las vertientes objetiva y subjetiva del principio de independencia y así decía que la independencia subjetiva queda garantizada “mediante la limitación de las facultades de los órganos de gobierno para alterar el estatuto de los Jueces en cuanto a ingresos y ascensos, pero muy especialmente durante el tiempo de ejercicio, lo cual constituye la inamovilidad”⁴¹⁹

⁴¹³ BLUNSTCHLI, J.G. *Derecho Público universal*, Traducción de A. García Moreno, J. Ortega y Enrique Danero, Madrid 1880. tomo 2, pág. 356.

⁴¹⁴ BENTHAM, J., *Obras*, Bruselas, 1840, tomo II, pág. 32.

⁴¹⁵ RECA, G., *Inamovilidad de los Jueces*, Buenos Aires, 1933, Pág. 8 y 9.

⁴¹⁶ STUART MILL, *El gobierno representativo*, Traducción de Florentino González, Valparaíso, 1865. pág. 276-277.

⁴¹⁷ CONSTAT, B., *Cours de Politique constitutionnelle*, Bruselas 1857, pág. 9.

⁴¹⁸ Vid. definición de MORTATI, en *Instituzioni di Diritto Pubblico*, Padua, ed. 9, II, pág. 1226.

⁴¹⁹ PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L. *Derecho de Tribunales (Organización, funcionamiento, gobierno)*, Op. Cit. pág. 270.

Por nuestra parte consideramos con GIMENO SENDRA, que de “*todo el conjunto de garantías que posibiliten una auténtica independencia del juez, no sólo frente a las partes y a la Sociedad, sino también frente a sus superiores y al Gobierno. De todas ellas sin duda alguna, la más importante es y sigue siendo la inamovilidad judicial*”⁴²⁰, en el mismo sentido se expresa GONZALEZ GRANDA⁴²¹ cuando dice que “una vez proclamada la separación de Poderes, la inamovilidad pasa a convertirse en la pieza esencial de la independencia del Poder Judicial, prevaleciendo durante todo el siglo XIX esta concepción de la independencia de la Justicia cifrada en la inamovilidad de los Jueces”⁴²². Hay otros autores sin embargo que no le conceden esta importancia V.gr. MORENO CATENA⁴²³ que al hablar de la misma refiere que “La inamovilidad es una garantía más de la independencia judicial, tal vez ni la más importante ni la más característica”, y asimismo señala que dicha inamovilidad no es exclusiva de los Jueces y Magistrados, sino que en la actualidad se extiende a un buen número de trabajadores y a la práctica totalidad de los funcionarios públicos⁴²⁴.

8.1. Antecedentes históricos de la inamovilidad.

Respecto de los orígenes de la inamovilidad en nuestro país, hemos de señalar que es en Aragón, donde el Justicia Mayor ofrece el más antiguo precedente de la inamovilidad judicial. Esta Institución ha sido objeto de muchos y diversos estudios tanto en España (Vid, entre otros, Zurita, Blancas, Lafuente, Pidal, Cuadrado, Santisteban, Olave, Marichalar, Manruque, Dánvila) como en el extranjero, (Hallam y Robertson en Inglaterra, Saint Hilaire y Tourtoulon en Francia, Gervinus y Schmidt en Alemania) que la han hecho acreedora de fama y prestigio⁴²⁵. Tenemos noticia del

⁴²⁰ GIMENO SENDRA, V., *El control de los jueces por la sociedad*, Op. Cit., pág. 38.

⁴²¹ GONZALEZ GRANDA, P. *Independencia del Juez y control de su actividad*. Op. Cit., pág. 19.

⁴²² Vid. también en este sentido a DRANGUET, *Responsabilidad e independencia judicial*, Op. Cit., pag. 229 y siguientes.

⁴²³ MORENO CATENA, V., y CORTES DOMINGUEZ, V.,: *Introducción al Derecho Procesal*, Op. Cit., pág. 149.

⁴²⁴ La reciente Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público de 13 de abril, recoge en su art. 14 como uno de los derechos individuales de los empleados públicos, la inamovilidad, ahora bien la concreta en la condición de funcionario público.

⁴²⁵ Hemos de recordar brevemente que la organización política del antiguo reino de Aragón en la edad media, no había una ley fundamental escrita, pero diversos fueros, dictados sucesivamente, llegaron a establecer un sistema de derecho público que tenía por objeto definir y asegurar con fórmulas procedimientos prácticos los derechos individuales y establecer el gobierno con el concurso de varias clases sociales. En este régimen político el justicia mayor desempeñaba un papel moderador. Actuando entre el Rey y el país y el rey y las cortes, amparaba los derechos individuales y resolvía los conflictos de poderes. Recibía en las cortes el juramento del rey de guardar y hacer guardar los fueros y estaba facultado para declarar si debían o no cumplirse las cartas del rey a los oficiales –mediando queja de parte por ser desaforadas o contrarias a las libertades del reino- y sus decisiones al respecto debían cumplirse irremisiblemente. Era juez de los oficiales y jueces nombrados por el rey y éste no podía indultar a los condenados por la justicia. Tampoco podía el rey anular ni revocar las providencias del justicia. Como dice LOPEZ DE HARO “Fue el justicia inamovible e inviolable y el justiciazgo se convirtió en poder, al cual hemos dicho que cabe llamarle poder judicial en el sentido de gozar, como ya venía gozando, de imperio para enfrentar la potestad dominante, que entonces era la realeza. Y, en efecto, si el rey violaba

Justicia mayor ya en las Cortes de Mirón de 1162, en las que consta que asistió. En las Cortes de Zaragoza de 1263 los “ricos-homes” sostuvieron su derecho a intervenir en el nombramiento del justicia mayor, y en las Cortes de Egea de 1265 quedó establecido que era derecho exclusivo del rey, con la sola limitación de que debía nombrarse en la clase de los Caballeros. La costumbre había hecho inamovible al justicia mayor, pero habiendo ocurrido casos de arbitrariedad, las Cortes de Alcáñiz de 1425 establecieron por fuero sus privilegios. No podía ser preso, arrestado, detenido ni citado, acusado, denunciado ni en ninguna otra manera vejado por nadie ni por el rey, aunque se le imputaran delitos como persona privada, y el rey no podía removerlo del cargo sin el consentimiento de las cortes. Las Cortes de Monzón de 1547 quebrantaron la institución acordando que el cargo era renunciable por compromiso u oferta hecha al rey o cualquiera otra persona, en instrumento público antes de ser nombrado. Y las cortes de Tarragona de 1592 le pusieron fin declarando el oficio amovible a voluntad del rey. Coincidió la decadencia del justicia mayor de Aragón con el poderío de la monarquía absoluta en España.

Por lo que se refiere a lo acontecido en la Corona de Castilla podemos seguir a TOMAS Y VALIENTE⁴²⁶, que nos dice que existía una doble vía de los particulares y de los superiores jerárquicos de los jueces para ver si los jueces actuaban bien. La vía de la impugnación y la vía del control administrativo. Sobre la primera (los recursos ordinarios) señalaba la imperfección de la misma por cuanto que en la Corona de Castilla las Sentencias son siempre sentencias no motivadas⁴²⁷, y por lo tanto por esta vía poco se podía perfeccionar la administración de justicia. En su opinión, es más importante en el antiguo régimen la responsabilidad que se exigía por vía de control administrativo, que subdividía en vía acusatoria o la vía inquisitiva. La primera vendría a ser el juicio de residencia que se hace a cada Corregidor o a cada Juez Ordinario y unipersonal, sacando a colación todas aquellas quejas, todas aquellas acusaciones que los que han sido administrados o sujetos pasivos del ejercicio del poder de ese juez corregidor, han interpuesto denunciando todas las injurias que de él han sufrido durante algún tiempo, y la vía inquisitiva sería la que se utilizaba cuando el Consejo envía a un juez visitador a inspeccionar lo que ha hecho la Audiencia de tal o cual sitio durante tales o cuales años, y a ese juez visitador se le apodera como juez comisionado para que revise todo lo que allí se ha hecho, administrativa o jurisdiccionalmente.

un derecho, es decir, si atacaba en alguien una de las libertades del reino, el justicia lo atajaba en el correspondiente presidio foral, que es, como ahora diríamos, respecto del poder ejecutivo, en pleito contencioso que anulase una disposición ministerial dada contra la ley; y si el rey ordenaba con carácter general algo contra fuero, el justicia podía inhibir el contrafuero, dejando sin efecto la disposición de la realeza, a la manera que en los Estados Unidos la corte suprema declara la inconstitucionalidad de las leyes” LOPEZ DE HARO, C., *La Constitución y libertades de Aragón*, Madrid 1926, pág. 533.

⁴²⁶ TOMAS Y VALIENTE, F., *De la administración de justicia al poder judicial*, en Jornadas sobre el Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución francesa, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid. 1990. pág. 18 y 19.

⁴²⁷ No ocurre lo mismo en la Corona de Aragón, en donde las audiencias por lo menos si que incluían una fundamentación explícita de sus sentencias, dando lugar así al género literario jurídico conocido como “decisiones”.

No es, sino hasta las Cortes de Cádiz cuando se incorpora por primera vez el principio de inamovilidad⁴²⁸ que lo consagra en su art. 252 de la Constitución de 1812 señalando que “Los magistrados y jueces no podrán ser depuestos de sus destinos, sean temporales o perpetuos, sino por causa legalmente probada y sentenciada, ni suspendidos sino por acusación legalmente intentada”⁴²⁹. Señala JIMENEZ ASENSIO, que “la modernidad del sistema judicial previsto en los arts. 252 y siguientes de la Constitución de 1812 era innegable, puesto que allí se abogaba en total nitidez por la independencia e inamovilidad de los jueces”⁴³⁰, y así lo recoge SALAS⁴³¹ diciendo que “La independencia e inamovilidad de los jueces consagrada por el art. 252 de nuestra carta Constitucional, es una de las más fuertes garantías de los derechos del ciudadano. Donde un juez depende del poder, donde un ministro puede destituir y perder a un magistrado que no se muestra bastante dócil y complaciente, ¿Qué seguridad puede haber para un ciudadano que ha disgustado aun ministro y este tiene interés en hacer condenar? Yo en esta parte llevaría el rigor hasta el punto de prohibir todo ascenso a los jueces, o de no permitirles otros ascensos que los que les tocasen por la antigüedad de su servicio, y con una independencia absoluta del gobierno... Yo quisiera en una palabra que un juez en nada dependiese de un ministro, y ya era depender de él, si el ministro podía suspenderle y formar a su gusto el expediente que se había fundado la suspensión”.

Por lo que se refiere a Europa se podría decir que la inamovilidad surge en los siglos XVII y XVIII, en la Francia prerevolucionaria a través de un sistema muy arcaico como fue el de la “compraventa de oficios”⁴³² que proporcionó a los Parlamentos franceses de

⁴²⁸ El principio de inamovilidad fue justificado en el informe de la comisión encargada de presentar el proyecto de Constitución al monarca en los siguientes términos: “Como la integridad de los jueces es el requisito más esencial para el buen desempeño de su cargo, es preciso asegurar en ellos esta virtud por cuantos medios sean imaginables. Su ánimo debe estar cubierto de las impresiones que pueda producir hasta el remoto recelo de una separación violenta. Y ni el desagrado del monarca, ni el resentimiento de un ministro, han de poder alterar en lo más mínimo la inexorable rectitud del juez o magistrado. Para ello nada es más a propósito que el que la duración de su cargo dependa absolutamente de su buena conducta, calificada en su caso por la publicidad de un juicio”. *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona, Francisco Seix editor, tomo VII, pág. 575.

⁴²⁹ Sobre la recepción del Principio de inamovilidad en la Constitución de Cádiz y la LOPJ de 1870, y sobre sus orígenes en Francia, vid. MUCHOZ MACHADO, S., *La reserva de jurisdicción*, Madrid 1989, páginas 16 y 17.

⁴³⁰ JIMENEZ ASENSIO, R., “El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio”, en “El Acceso a la función judicial. Estudio comparado”, Op. Cit., pág. 132.

⁴³¹ SALAS, R. *Lecciones de Derecho Público constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, pág. 258.

⁴³² No obstante hay autores que sitúan los orígenes de la inamovilidad en Francia en el reinado de Luís XI, manifestando que fue este Rey quien la estableció en sus cartas de 21 de octubre de 1467, en cambio otros autores sitúan el origen de la institución en el reinado de Felipe de Valois y en la ordenanza de 11 de marzo de 1344. Vid. MARTIN-SARZEAUD, G., *Recherches historiques sur l'inamovilité de la magistratura*, Paris, 1833. pág. 33.

La inamovilidad judicial en Francia estuvo vinculada a la venalidad de los cargos públicos hasta la revolución de 1789, a partir de la misma y la abolición de dicha venalidad, la inamovilidad de los jueces perdió el carácter de derecho patrimonial y se transformó en una garantía de la independencia de la función judicial.

una verdadera inviolabilidad frente al poder del rey⁴³³. Más tarde la Ley napoleónica de 28 de abril de 1810, concretó la inamovilidad judicial a través del sistema funcional pero con un fortísimo control disciplinario que corría a cargo de “le grand-juge M. le Ministre de la Justice”, y esta Ley francesa tuvo una gran repercusión en las Leyes Orgánicas de la Magistratura europea como la del “Ordinamento giudiziario de 1865 o la Ley Orlando sobre garantías y disciplina de la Magistratura Italiana de 1908, y asimismo sobre la normativa española, y en concreto en la ley Provisional Orgánica del Poder Judicial de 1870.

Recordaba APARICIO PEREZ⁴³⁴ como dentro de la exposición de motivos – no publicada en el Diario de Sesiones de las Cortes- con que el Gobierno presentó el Proyecto de ley Provisional Orgánica del Poder Judicial en 1870, recogía lo siguiente; “Si se quiere que la Institución judicial sea en nuestra Patria un verdadero poder y no un peligro, si los individuos que representan ese mismo poder han de gozar de la inamovilidad práctica, contrapesada oportunamente con una responsabilidad civil y criminal de verdad, el legislador no puede menos de establecer las disposiciones conducentes para que ese poder, contenido en sus justos límites no usurpe las atribuciones de otros y pueda al mismo tiempo defenderse si se siente estorbado en libre ejercicio de su augusto ministerio, si se atenta de cualquier modo a su independencia, cualidad la más preciosa y esencial de la magistratura, sin la cual ésta deja de constituir un poder para transformarse en una rueda inerte de la administración política, ya que no en un terrible instrumento de pasiones bastardas y mezquinas”, resumiendo este párrafo en opinión de este autor las grandes cuestiones y problemáticas judiciales.

Fue la Constitución de Cádiz, la que en su Título V (“De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo Civil y en lo criminal”) contenía los principios de la exclusividad jurisdiccional judicial, así el art. 242 de este texto constitucional recogía que “La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales”, y en el artículo 252, como ya hemos referido anteriormente, recogía la independencia de sus titulares diciendo que “Los Magistrados y Jueces no podrán ser depuestos en sus destinos, sean temporales o perpetuos, sino por causa legalmente probada y sentenciada, ni suspendidos sino por acusación legalmente intentada”. Esta previsión se repitió casi literalmente en las Constituciones de 1837 y 1845 (arts. 66 y 69 respectivamente) adoptando diversas modalidades con posterioridad⁴³⁵. No obstante y como señala APARICIO PÉREZ⁴³⁶ en la práctica y

⁴³³ Decía RECA, que un Juez amovible o revocable es más peligroso que un juez que ha comprado su empleo. Haber comprado su empleo es una cosa menos corruptora que estar expuesto siempre a perderlo. RECA, G., *Inamovilidad de los Jueces*, Op. Cit., Pág. 12

⁴³⁴ APARICIO PEREZ, M. A., en el Prólogo (pág VI) a la edición castellana de la obra De DIETER SIMON “*La independencia del Juez*”, traducida por Carlos Ximénez Carrillo, Op. Cit.

⁴³⁵ Así el art. 95 de la Constitución de 1869 contenía una precaución semejante con remisión a la Ley Orgánica y la conservadora de 1876 gozaba de un tenor literal casi idéntico al que se ha plasmado en la actual de 1978. Decía su art. 80 “Los magistrados y jueces serán inamovibles y no podrán ser depuestos, suspendidos ni trasladados sino en los casos y en la forma que prescriba la ley orgánica de tribunales”. En redacción diferente a la actual y mucho más garantista la Constitución de la II República indicaba, por último en su art. 98: “Los Jueces y magistrados no podrán ser jubilados, separados ni suspendidos en sus funciones, ni trasladados de sus puestos sino con sujeción a las leyes, que contendrán las garantías necesarias para que sea efectiva la independencia de los Tribunales”. Esta redacción como decimos es más garantista que el actual 117.2 de la CE, pero que de todas formas no impidió tampoco que por Ley de 8 de septiembre de 1932 se estableciera que “Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder

hasta la revolución de 1868 y como medio para no aplicar los preceptos constitucionales los jueces estuvieron en situación de permanente interinaje⁴³⁷, es más pese a todo la inamovilidad no se llega a confirmar hasta 1889, año en que un Decreto de Canalejas vuelve a declarar vigentes las disposiciones de la Ley Orgánica de 1870 que recogían este aspecto⁴³⁸, y que fueron suspendidas por el Real Decreto de 23 de enero de 1875. En definitiva opina este autor, que la independencia en nuestra historia política se ha identificado siempre con la inamovilidad, aunque señala que obviamente no es eso, siendo la inamovilidad una condición general del funcionariado que también llega tarde a España,⁴³⁹ aunque sea reclamada en primer lugar para los jueces.

Como dice JIMENEZ ASENSIO⁴⁴⁰, a las puertas de sexenio revolucionario, que se inaugura a partir de la revolución de septiembre de 1868, el estado que ofrecía la administración de justicia no podía ser más lamentable. El ciclo histórico abierto con las Cortes de Cádiz parecía llegar a su fin, y habiendo transcurrido casi sesenta años de historia de la administración de Justicia en España, sus señal distintiva era que los puestos de la administración de justicia, al igual que el resto de los puestos de la

Judicial y en el Estatuto del Ministerio Fiscal, podrán ser jubilados, cualquiera que sea su edad, a su instancia o por resolución del Gobierno, todos los Jueces de Instrucción, Magistrados y funcionarios del Ministerio Fiscal”.

⁴³⁶ APARICIO PÉREZ, Op. cit. pág. X.

⁴³⁷ Se podría decir que la etapa liberal gaditana supuso el arranque del proceso de cesantías en el empleo público, como ya puso de manifiesto NIETO, A., en “*Concepciones burocráticas y reformas funcionariales*”, Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo, Madrid, 1986, pág. 305. O como refiere MARTINEZ PEREZ, “La justicia liberal se caracterizó por la exigencia de adhesión política, atributo que será reiterado por las sucesivas restauraciones absolutistas y en los diferentes proceso revolucionarios”, MARTINEZ PEREZ, “*Entre confianza y responsabilidad. La justicia en el primer constitucionalismo español (1810/1823)*”, CEPC, Madrid, pág. 83.

Vid también sobre esta cuestión a PAREDES, J. “*La organización de la justicia en la etapa liberal. Los orígenes de la carrera judicial 1834/1870*”, Ed. Civitas/APM, Madrid, 1981, pág. 27 y ss.

⁴³⁸ En concreto la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial de 1870 dedicaba en su título preliminar un importante precepto a la inamovilidad judicial al disponer que “no podrá el Gobierno destituir, trasladar de sus cargos, ni jubilar a los jueces y magistrados, sino en los casos y en la forma que establecen la Constitución de la Monarquía y las Leyes. En ningún caso podrá suspenderlos” (art. 9 LPOPJ). Posteriormente el mismo texto legal en su art. 222 establecía en qué consistía la inamovilidad judicial, señalando concretamente que la inamovilidad judicial consiste en el derecho que tienen los jueces y magistrados a no ser destituidos, suspendidos, trasladados ni jubilados.

⁴³⁹ Hay un primer intento de Bravo Murillo en 1852 y comienza a estabilizarse a partir del Estatuto Maura de 1918 (Estatuto de la Función Pública –Ley de Bases de 22 de julio de 1918 y Reglamento de 7 de septiembre siguiente) en que se recogió la inamovilidad para todos los funcionarios públicos, y aún cuando normativamente quedó clara su inamovilidad, los avatares políticos posteriores la vulneraron con notable profusión. Hasta entonces los jueces había sido de libre designación, traslado, remoción, ascenso, etc. del Gobierno e incluso, llegó a existir un escalafón de jueces y magistrados “cesantes” que podían dejar de serlo cuando se producía el cambio de Gobierno (“turno de partidos”). La inamovilidad en definitiva no pasaba de ser un deseo, y su incumplimiento era permanente.

Sobre las remociones de los magistrados y las “cesantías”, vid el trabajo de LORENTE, M., “*Reglamento Provisional y administración de justicia 1833/1938. Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica*”, AAVV., *El tercer Poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*. Frankfurt am Main, Klostermann, 1992, Baden/baden, pag. 291 y ss.

⁴⁴⁰ JIMENEZ ASENSIO, R., “*El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio*”, en “*El Acceso a la función judicial. Estudio comparado*”, Op. Cit. pág. 138.

administración, no eran sino parte del botín vencedor. La política había invadido completamente el mundo judicial, y los jueces y magistrados debían su continuidad en el cargo a su actitud de fidelidad con los diferentes gobiernos, desplazando el favor al mérito.⁴⁴¹ No obstante lo dicho este periodo de tiempo sirvió al menos para que la sociedad española del siglo XIX cambiara, aunque lentamente. Al menos se adquirió conciencia de que la Administración del Estado y, sobre todo, determinados sectores de la actividad pública no podrían quedar en manos de aficiones que ocupaban o desocupaban sus destinos cada vez que el gobierno cambiaba de titulares. De esta forma podemos destacar como con la Constitución de 1869 se constitucionaliza al menos los sistemas de acceso a la judicatura, y así se señala que será por oposición, siendo este hecho de indudable importancia y trascendencia. Este sistema y cambio sin embargo no se concretaría definitivamente sino tras la aprobación de la Ley Provisional de organización del Poder Judicial de 1870, pues con esta ley se daría paso no sólo al final, aunque fuera relativo de la politización del modelo, sino sobre todo a la configuración efectiva de un cuerpo de funcionarios que agrupará a jueces y magistrados así como a la construcción una auténtica carrera judicial⁴⁴².

Sin duda podemos concluir que tras la Ley Provisional de 1870, se había adquirido la conciencia de que la defensa de la independencia judicial exige la inamovilidad, imparcialidad y las incompatibilidades y prohibiciones, y como no la responsabilidad judicial, siendo en este sentido claras las palabras de Montero Ríos, padre de la Ley de 1870, cuando en el acto de apertura de los Tribunales de 1872 afirmaba “*sois inamovibles; pero entendedlo bien, sois inamovibles en vuestro cargo porque sois responsables de vuestros actos*”, otra cuestión sería como esto se podría hacer real, habida cuenta de que las prácticas que pretendía erradicar la ley provisional si siguieron dando después de la misma, y el sistema político de la restauración comenzaba aplicando la misma política que el periodo isabelino⁴⁴³.

8.2. Importancia de la inamovilidad como garantía de la independencia judicial.

Señala ALMAGRO⁴⁴⁴ que “siempre se ha considerado la inamovilidad como la manifestación más importante de la garantía de independencia, nacida para hacer frente a las injerencias del Poder Ejecutivo en el Judicial”. En opinión del profesor DIEZ-PICAZO⁴⁴⁵, la inamovilidad “es la máxima garantía de la independencia del juez”. Hemos de convenir que el principio de inamovilidad tiene un papel preponderante en el

⁴⁴¹ Sobre los avatares de los jueces en los primeros decenios del siglo XIX, así como las conexiones entre jueces y política, están descritos de forma magistral en SERRANO GONZÁLEZ, A., “*Chocolate a la española: formación y afición de jueces en el siglo XIX*”, en *Università e profesión giuridiche in Europa nell’età liberale*, edición a cargo de A. MAZZACANE Y C. VANO, Jovene, Nápoles, 1994, págs. 425 y ss.

⁴⁴² Vid. MONTERO AROCA, J. *Independencia y responsabilidad del Juez*, Op. Cit., págs. 28 y ss. Vid. también este autor, y en la misma obra, sobre el recorrido de la conquista de la inamovilidad en el siglo XIX. Pág. 40-55.

⁴⁴³ Por ejemplo, el Decreto de 23 de enero de 1875 procedió una vez más a suspender la inamovilidad del personal judicial para proceder a su depuración.

⁴⁴⁴ ALMAGRO, op. cit. pág. 42.

⁴⁴⁵ DIEZ-PICAZO, L.M. *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Op. Cit., pág. 98.

ejercicio de la función jurisdiccional pues a través del mismo se trata de eliminar cualquier presión sobre la judicatura por fuerzas extrañas a la misma. No en balde el TC ha afirmado que la inamovilidad es requisito y garantía de independencia judicial (STC 108/1986 de 26 de julio). Y por su parte autores como ANDRES IBAÑEZ Y MOVILLA ALVAREZ⁴⁴⁶, consideran que la inamovilidad no es ya sólo un principio de protección jurídica para los propios Jueces y Magistrados, sino que se convierte también en un principio de inamovilidad jurídica para el ciudadano.

En opinión de LORCA NAVARRETE⁴⁴⁷ en nuestra LOPJ la inamovilidad se integra a través de una serie de elementos entre los que él destaca la vertiente funcional (desde la que la inamovilidad es una garantía del ejercicio de la función jurisdiccional) la proyección de orden público que posee la inamovilidad (puesto que la inamovilidad garantiza el cometido funcional del titular del órgano jurisdiccional), la temporalidad (puesto que la inamovilidad será temporal para quienes ejerzan funciones jurisdiccionales sin formar parte de la carrera judicial, y atemporal para quien forme parte de la carrera judicial), y la vertiente orgánica (desde la cual la LOPJ lleva a cabo una enumeración típica no susceptible de interpretación extensiva de la inamovilidad, al indicar las causas que negativamente afectan a la inamovilidad orgánica, y que son la pérdida de la condición de juez o magistrado, la suspensión en el ejercicio de la función jurisdiccional y la jubilación, cuestiones estas de las que nos ocuparemos más detenidamente en la segunda parte de este trabajo).

La inamovilidad se proclama en el 117.2 de la Constitución Española que dice que “Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por algunas de las causas y con las garantías previstas en la Ley”, y esto mismo es lo que se reitera en el artículo 15 de la LOPJ, en el que sólo modifica el final de la frase señalando “...en esta ley”⁴⁴⁸. Como vemos se recogen las causas que afectan a la inamovilidad como primera de las garantías de la independencia judicial, sin que se mencione el término inamovilidad⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ Vid. ANDRES IBAÑEZ, P. y MOVILLA ALVAREZ, C; *El Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 124 y ss.

⁴⁴⁷ LORCA NAVARRETE, A. M., *El cuestionamiento de la inamovilidad constitucional de jueces y magistrados mediante su pretendida delimitación por ley, ¿es constitucional?*, Actualidad Jurídica Aranzadi, año VI, nº 263, 3 de octubre de 1996, págs. 1, 4, y 5.

⁴⁴⁸ Sobre el devenir y situación de la inmovilidad judicial en la época inmediatamente anterior a la promulgación de la Constitución de 1978, puede ser muy descriptivo el trabajo de SAINZ MORENO, F., “*La inamovilidad judicial*”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 11, octubre-diciembre 1976. Ed. Civitas, págs. 653- 708.

⁴⁴⁹ Como señala el TC en la Sentencia 108/86 de 26 de julio (RTC 1986\108), la garantía de inamovilidad obliga que las causas de jubilación se regulen por la Ley Orgánica del Poder Judicial y a que tales causas se establezcan con carácter abstracto y general y nunca de manera discrecional, por lo que la jubilación no se puede regular reglamentariamente. Y esto es predicable de todas las causas que puedan afectar a la inamovilidad, es decir es preciso; previsión expresa en la LOPJ, generalidad y abstracción de su regulación y ausencia de decisiones discrecionales.

En cuanto al contenido de la garantía de la inamovilidad (hechos, causas y efectos), Vid. SERRANO ALBERCA: “Comentarios al artículo 117”, en F. GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución* (segunda edición ampliada), Ed. Civitas, Madrid 1985. ob.cit. Págs. 1642-1644.

En una primera aproximación a esta definición de la inamovilidad que se recoge en el art. 117.2 de la CE podemos señalar dos aspectos. En un primer aspecto la inamovilidad es una condición general funcional que se adhiere al status del juez en cuanto miembro de un sector de la administración del Estado y por cuya virtud el puesto que ejerce cuenta con una garantía personal de estabilidad en el desempeño de su cargo de manera funcional a la estabilidad que la propia organización administrativa requiere. En este caso, la inamovilidad funcional se hallará, como es lógico, en función de la configuración legal que adquiera el cargo de juez. La Constitución señala en el art. 122.1 que los Jueces y Magistrados “de carrera, formarán un Cuerpo único”. Sin duda se recoge así el viejo concepto de cuerpo administrativo nacional integrado por funcionarios públicos, aunque, sin duda también, tal mención podría dar lugar a interpretaciones enfrentadas. Una de ellas sería la de que la Constitución no impone que todos los Jueces y magistrados sean de carrera y por tanto que sólo éstos últimos serían los que deberían articularse en un cuerpo único, y de hecho la LOPJ recoge esta distinción cuando se refiere a la figura de los jueces y magistrados suplentes y a los jueces de paz, aunque, como es sabido, en nuestro sistema la figura prototípica del juez es la del juez funcionario.

Pero en un segundo aspecto y más importante, la inamovilidad judicial se presenta como una garantía esencial de la independencia y actúa al margen por completo del status funcional o no del juez: en esta vertiente la inamovilidad es mucho más amplia y podría decirse que también más flexible por cuanto no sólo es un principio general instrumental a la independencia sino que, al ser una garantía de la misma, también debe concretarse o adaptarse en y a las exigencias que la independencia exija en cada caso particular.

La inamovilidad puede ser absoluta, para los miembros de la carrera judicial, o relativa, para los magistrados suplentes, jueces sustitutos, jurados y jueces de paz- y sus sustitutos- durante el plazo para el que han sido nombrados.

8.3. Conformación de la inamovilidad en nuestra LOPJ.

En nuestro sistema normativo la garantía de la inamovilidad de los Jueces y Magistrados se aborda por la LOPJ en el Título II dedicado a la Independencia judicial, del Libro IV de dicha Ley, en concreto el capítulo I es titulado “De la inamovilidad de los Jueces y Magistrados”, (art. 378 a 388 de la LOPJ).

El artículo 378 de la LOPJ dispone que “1. Gozarán de inamovilidad los Jueces y Magistrados que desempeñen cargos judiciales”, y también “2. Los que hayan sido nombrados por plazo determinado gozarán de inamovilidad sólo por ese tiempo”, y termina el precepto diciendo en su apartado tercero que “Los casos de renuncia, traslado y promoción se regirán por las normas específicas establecidas en esta Ley”.

Como se puede observar la Ley no nos da un concepto de qué sea la inamovilidad, y el que pueda deducirse de su apartado tercero (“renuncia, excedencia, traslado y promoción”) es incompleto porque, por un lado hace referencia negativa únicamente a algunos de los supuestos de inamovilidad (falta por ejemplo la situación de jubilación así como las de suspensión y separación definitiva del servicio) y por otro, estas referencias sólo aluden a la pérdida o cambio del puesto que se estaba ocupando, y en cambio ignora los supuestos de inamovilidad en la función. Se quiere decir con ello,

que la inamovilidad ha de entenderse –y la ley no lo hace– tanto en la vertiente funcional (no separación involuntaria del puesto que se ocupa) como en la vertiente funcional (no imposición o supresión de la función jurisdiccional a desarrollar). En el primer caso, es presupuesto de la estabilidad funcional y, en cuanto estabilidad en el cargo, es también una garantía de la independencia. En el segundo caso, en cambio se conecta como parte misma de la propia independencia judicial en cuanto la inamovilidad en la función enlaza con el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (Art. 24.2 CE).

Con respecto a la separación, entendida de una forma amplia, implica el abandono o pérdida de la condición de juez o magistrado, mientras no se obtenga, en su caso, la rehabilitación (art. 379 a 382 LOPJ).

Por lo que se refiere a la suspensión o inhabilitación temporal puede ser provisional (que es la acordada durante la tramitación de un proceso penal o de un expediente sancionador o de incapacidad) y definitiva (que es la impuesta como pena o como sanción administrativa al final del proceso penal o del expediente sancionador respectivamente).

Y con respecto al traslado forzoso obedecerá a una causa preestablecida legalmente y suele provenir de incompatibilidad sobrevenida o de la sanción disciplinaria. Pero hemos de decir que obligatorios no son únicamente los traslados derivados de un procedimiento sancionador sino también una serie de casos previstos en concreto por el Reglamento de la Carrera Judicial, así por ejemplo el art. 184 b) de dicho Reglamento, en una redacción compleja señala que no podrán participar en los concursos de traslado “Los jueces que se hallen en condiciones legales para ser promovidos a la categoría de Magistrado cuando se haya iniciado el trámite de promoción. Se entenderá iniciado dicho trámite cuando la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial acuerde asignar las vacantes existentes en la categoría de Magistrado, por falta de peticionarios, a los jueces que ocupen los primeros puestos en el escalafón”. Es decir, que, en tales casos, se niega a los Jueces la posibilidad de un traslado voluntario y se les impone un traslado obligatorio aunque sea mediante el procedimiento de subirles de categoría: “*promoveatur ut removeatur*”, lo que se conforma como un supuesto evidente de amovilidad involuntaria y que impide a todos los jueces que deseen seguir en su mismo puesto el poder hacerlo. Incluso la LOPJ en su art. 311.1 señala un tope máximo para la renuncia a la categoría de magistrado de seis años⁴⁵⁰. De esta forma el ascenso de categoría, obligado por el puesto en el escalafón –que casi con exclusividad obedece a la antigüedad en el cargo– introduce un factor de traslado de puesto y usualmente de residencia que, curiosamente no se da en otros ámbitos funcionariales.

⁴⁵⁰ En concreto el art. 311.1 de la LOPJ señala “De cada cuatro vacantes que se produzcan en la categoría de magistrados, dos se proveerán mediante ascenso con los jueces que ocuparan el primer lugar en el escalafón dentro de esta categoría.

Cualquier juez podrá renunciar al ascenso a la categoría de Magistrado notificándolo expresamente al Consejo General del Poder Judicial en la forma y plazo que éste determine. Dicha renuncia obligará a permanecer en la categoría de juez durante dos años y podrá efectuarse un máximo de tres veces. Transcurridos los plazos señalados, el Juez ascenderá en el turno que le corresponda. El juez que ejercite la renuncia mantendrá su puesto en el escalafón de jueces hasta que ascienda y no podrá participar en los concursos ordinarios de traslado mientras permanezca en esta situación...”

Por último señalemos que no debe confundirse el traslado forzoso con la antigua situación de excedencia forzosa, que se producía cuando se suprimía la plaza que el juez o magistrado venía ocupando y debía cesar en la situación de activo. Esta situación administrativa desapareció tras la reforma de la LOPJ por la LO 19/2003.

Por su parte la jubilación de los miembros de la carrera judicial se produce por haber cumplido la edad legalmente establecida, o por incapacidad permanente (art. 385 a 387 LOPJ). Los Jueces de Paz, sólo se jubilan por incapacidad (art. 13 RJP).

Los procedimientos de separación, traslado, jubilación por incapacidad permanente y rehabilitación se formarán con audiencia del interesado e informe del Ministerio Fiscal y de la Sala de Gobierno respectiva, sin perjuicio de las demás justificaciones que procedan, y se resolverán por el CGPJ. A algunas de las cuestiones mencionadas ya nos hemos referido anteriormente, como es el caso del traslado, y al resto nos referiremos más adelante.

8.4. La inamovilidad como garantía de la función.

Pero como decíamos anteriormente, la inamovilidad no es simplemente una derivación de la relación de servicio, es también y al mismo tiempo una garantía de la función, una garantía de la independencia. Y en tal sentido, debe restringir y condicionar esos, en principio, amplios márgenes de maniobra que en la anterior faceta correspondía a la regulación infraconstitucional. Es decir, que todos los supuestos de traslados y promoción en cuanto inciden en el ejercicio de la función, deben tener como canon de adecuación la consideración de esta última tanto en relación con la naturaleza del puesto como en relación con las condiciones objetivas que presentan los diversos candidatos que puedan ocuparlo.

Se abre de esta forma un elenco de interrelaciones que arrancando de la propia situación de inamovilidad funcional, conectan con otras facetas del ejercicio de la función jurisdiccional. Así tras comprobar que los Presidentes de Audiencia Provincial, de Tribunales Superiores y de la Audiencia Nacional son cargos de nombramiento discrecional, nos encontramos con que se encarga a las Salas de Gobierno que ellos presiden el aprobar las normas de reparto de los asuntos, establecer los turnos en la composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y fijar las normas de asignación de las ponencias, así como, entre otras muchas funciones el regular la solución de las disidencias entre magistrados (falta de acuerdo mayoritario sobre la decisión de un determinado asunto), en este sentido el art. 152.1.3º de la LOPJ, ocupándose de las atribuciones de las Salas de Gobierno, señala que en particular les compete, entre otras “3º Adoptar con respecto a la inamovilidad judicial, las medidas necesarias en los casos de disidencia entre Magistrados que puedan influir en el buen orden de los Tribunales o en la Administración de Justicia”⁴⁵¹, y como se puede observar no nos hallamos ante supuestos de inamovilidad en el cargo pero si de amovilidad de la función. Amovilidad funcional que tiene otras facetas como es la de la participación de los jueces y magistrados en las juntas electorales en las que, propiamente, no ejercen una función jurisdiccional sino gubernativa y que puede incidir de muy variadas formas tanto en el

⁴⁵¹ Observamos aquí como la Ley es muy cuidadosa y hace esta previsión siempre con respeto a la inamovilidad judicial.

comportamiento personal del juez o magistrado como en su misma función jurisdiccional.

Como vemos en esta previsión legislativa del art. 152.1.3ª de la LOPJ, relativa a la disidencia entre magistrados, requiere de dos elementos, por un lado la situación origen y presupuesto, que no es otra que la disidencia entre los Magistrados, y por otro lado y como finalidad, garantizar el buen orden de los Tribunales. Estos elementos parecen indicar que se trata pues de actuaciones que se van a llevar a cabo en el seno de los órganos colegiados, en que la composición concreta de las Salas y Secciones del Tribunal puede verse modificada, fuera del turno fijado con carácter anual (conforme al art. 152.2º de la LOPJ), por las razones expresadas.

Se ha planteado ya que la facultad que ahora nos ocupa no podía ser actuada en los casos en el que la Sección del Tribunal o Audiencia tuviera naturaleza orgánica. Sólo cuando tuviera carácter funcional podría ser puesta en marcha por cuanto que no afectaría a la inamovilidad judicial. El Tribunal Supremo ya tuvo oportunidad de pronunciarse, y así en su Sentencia de 16 de enero de 2003 (RJ 2003\1535) señaló que las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia tienen potestad para adoptar medidas ante disidencias entre Magistrados de la misma Audiencia Provincial, y que no puede ser considerado vulnerado el derecho de inamovilidad habida cuenta que se trata de una medida de gobierno interno adoptada por el órgano adecuado que puede calificarse de traslado forzoso o sanción encubierta, pues el destino de los Magistrados en una Audiencia Provincial no puede reducirse a una concreta Sección, puesto que el destino, el órgano judicial afecto es la Audiencia y no sus secciones de acuerdo con el artículo 26 de la LOPJ.

Habríamos de preguntarnos si por aplicación de una disposición legal el Juez o Magistrado ve modificado su concreto destino, ¿se vería afectada la inamovilidad de dicho Juzgador? Este sería el caso previsto en el art. 14.2 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial 38/1988, que señala que "...La creación de nuevas plazas de Magistrados en una Audiencia Provincial dará lugar, si procede a la creación de una nueva Sección completa con las plazas de nueva creación las que resulten de la reducción a tres del número de Magistrados existentes en otra u otras Secciones....", como vemos este precepto organiza el sistema de distribución de los Magistrados afectados por la creación de nuevas plazas⁴⁵², tratándose de una norma y una medida predeterminada de manera objetiva y general que se justifica en el mejor funcionamiento de la Administración de Justicia.

⁴⁵² Art. 14.2 de la Ley 38/1988 de Demarcación y de Planta Judicial "2. Las Secciones de las Audiencias Provinciales, cuando haya varias, se constituyen con tres Magistrados. Los que exceden del múltiplo de tres se integrarán en las Secciones existentes, a razón de uno por Sección, comenzando por la Primera. La creación de nuevas plazas de Magistrados en una Audiencia Provincial dará lugar, si procede a la creación de una nueva Sección completa con las plazas de nueva creación y las que resulten de la reducción a tres del número de Magistrados existentes en otra u otras Secciones. Para la designación de los Magistrados de la nueva Sección procedentes de la ya existentes se atiende a los que lo soliciten de entre los ya destinados en las demás Secciones de la misma sede con mejor puesto escalafonal, y no existiendo o siendo insuficiente el número de los solicitantes que reúnan los requisitos legales, al criterio de menor antigüedad en la categoría. Lo dispuesto en el presente apartado será de aplicación sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20.3 de esta Ley".

Y este artículo 14.2 de la Ley 38/1988 hay que ponerlo en relación con el artículo 29 de la LOPJ y con el art. 15 del mismo texto.

9. INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES DE JUECES Y MAGISTRADOS.

Si la inamovilidad es una garantía de la independencia también lo son las incompatibilidades y prohibiciones. Lo que sucede es que ambos referentes poseen un significado, aunque complementario, diferente. Por la inamovilidad se concede al juez un ámbito de seguridad personal en el ejercicio de su función que tiende a impedir contaminaciones “externas” y a través de las incompatibilidades y prohibiciones, se pretenden excluir las posibilidades de que el Juez se autocontamine. En este sentido podemos decir que las incompatibilidades que prevé la LOPJ son de dos tipos, en el cargo, y en el ejercicio del cargo.

9.1. Antecedentes.

En nuestra legislación histórica podemos encontrar múltiples referencias a lo que hoy conocemos como incompatibilidades de Jueces y Magistrados.

En una rápida mirada observamos que en Las Partidas (1,5,60), ya se señalaba que cuando se hacen varias cosas no se puede obtener un resultado satisfactorio en todos, en la Novísima Recopilación se imponía la pérdida del oficio, y una pena de diez mil maravedís, en el caso de que se tuviese por sí, o por sustituto o por poder de otro más de un oficio. Más adelante y más cercano en nuestro tiempo encontramos la prohibición de duplicar sueldo u otros emolumentos (Decreto de 10 de diciembre de 1808), o la obligación de elegir entre dos sueldos por desempeño de dos destinos de nombramiento Real (Decreto de 13 de Junio de 1833).

Posteriormente por Ley de 9 de julio de 1855, se prohíbe tanto en la península como en territorios de ultramar la simultaneidad de dos o más destinos, sueldos, comisiones y cualesquiera otros emolumentos en todas las dependencias del Estado que se paguen con fondos generales, debiendo optar por el sueldo que más le conviniese aquellos que se encontrarán en esa situación. Ya, en el último tercio del siglo XIX podemos destacar el Real Decreto de 8 de febrero de 1875 y la Ley de Presupuestos de 21 de julio de 1876, que mencionan la necesidad de imparcialidad de los funcionarios públicos separándoles de sus puestos si pusiesen en peligro su cometido.

A comienzos del siglo XX nos tropezamos con la ley de Bases de la función pública de 22 de julio de 1918, y el Reglamento de 7 de septiembre, ocupándose de las incompatibilidades en su artículo 39. Y de esta forma llegamos hasta la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado por Decreto 315/64 de 7 de febrero, en el que se regulaba la materia en sus artículos 82 a 86, teniendo una visión liberal para el ejercicio de actividades privadas y un mayor rigor con respecto a las actividades públicas.

En la década de los setenta el régimen jurídico del personal al servicio de los organismos autónomos y administración local empiezan a incorporar regulación legal sobre las incompatibilidades, encontrándonos en estos años con el Real Decreto Ley de 30 de marzo de 1977, que fue la primera norma que acometió tras la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964, la reforma de la función pública, y en lo que afecta a las incompatibilidades señalaba en su artículo 11, que el desempeño de la

función pública será incompatible con el ejercicio de actividades que comprometiesen la imparcialidad e independencia del funcionario.

Fue ya con la Ley 53/1984 de 26 de diciembre, de incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas⁴⁵³, y su Reglamento 598/85 de 30 de abril, con el que se configura un sistema general de incompatibilidades, cuya finalidad se refiere en la exposición de motivos de la ley, diciendo que la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un solo puesto de trabajo, sin más excepciones que las que demande el propio servicio público, respetando el ejercicio de las actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia. Continúa también diciendo esta exposición de motivos que dicho sistema general de incompatibilidades supone la exigencia a los servidores públicos de un esfuerzo de ejemplaridad ante los ciudadanos y supone un avance hacia la solidaridad, la moralización de la vida pública y la eficacia de la administración.

Perseguía esta legislación un marco común para todas las administraciones públicas y que alcanzara no sólo a los funcionarios, sino al personal de las administraciones públicas a quién engloba de una manera amplia⁴⁵⁴.

9.2. Marco normativo y proyección reglamentaria.

No hemos de olvidar que a la hora de abordar el asunto de las incompatibilidades de jueces y magistrados, los hemos de hacer bajo la proyección de los preceptos de la Constitución Española y así en cuanto funcionarios públicos hemos de observar lo dispuesto en el art. 103.3 y 149.1.18 de dicho texto legal, el primero señala que “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”. Y el segundo dice que “1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias;...18º Las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de los funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas....”.

A estos preceptos constitucionales responde la ya referida Ley 53/1984 establecido un sistema general de incompatibilidades, no sólo respecto del sector público, sino también respecto a las actividades privadas que puedan impedir o menoscabar el cumplimiento de los deberes o comprometer la imparcialidad o independencia.

Centrándonos ya en la imparcialidad judicial, el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que tuvo lugar

⁴⁵³ Ley que contiene veinte artículos, nueve disposiciones adicionales, nueve transitorias, tres disposiciones finales y una derogatoria.

⁴⁵⁴ Vid. Art. 2 Ley 53/1984.

en Roma el 4 de noviembre de 1950, señala que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial.....”. Nuestra Constitución en el art. 117 subordina la compatibilidad a la imparcialidad e independencia de los jueces, puesto que la realización de una actividad privada puede comprometer tanto la independencia como la imparcialidad. Y es por ello que han sido muchos los que han pedido un mejor sistema retributivo que el establecido por la Ley 15/2003 de 26 de mayo, regulador del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal (BOE nº 126 de 27 de mayo de 2003) para que la imparcialidad de Jueces y Magistrados se refuerce y sea efectiva.

En opinión de JIMENEZ ASENSIO, “Si imparcialidad no es igual a independencia judicial, aunque la segunda pueda ser una condición ineludible de la primera, tales diferencias entre ambos principios se observan con mayor nitidez cuando se estudia el sistema de incompatibilidades de los jueces y magistrados y su pretendida vinculación exclusivamente con la independencia”⁴⁵⁵. Considera este autor que el constituyente, olvidó hacer una referencia explícita a las conexiones existentes entre imparcialidad y sistema de incompatibilidades, limitándose a una regulación constitucional en la que la única finalidad “o la finalidad más fuerte”, era la de salvaguardar a través de tal sistema la independencia de jueces y magistrados. De ahí, el artículo 127 de la CE que señala que “1. Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos.....2. La ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del Poder Judicial que deberá asegurar la total independencia de los mismos”. A partir de estos presupuestos el sistema de incompatibilidades se reenviaba a su determinación por ley; reserva de ley orgánica por cuanto que las referidas incompatibilidades conforman uno de los elementos sustantivos del estatuto de los miembros de la Carrera judicial, que como sabemos, por decisión expresa del constituyente (art. 122.1 CE) es una materia reservada expresamente no a cualquier Ley orgánica sino a la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁵⁶.

Así pues el sistema de incompatibilidades para Jueces y Magistrados se recoge en nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial en su Libro IV, Título II, Capítulo II, bajo el título de Incompatibilidades y prohibiciones (arts. 389 a 397)⁴⁵⁷, enumerando el primero de estos preceptos las incompatibilidades y prohibiciones que con carácter general el cargo de juez comporta, señalando que es incompatible con el ejercicio de cualquier otra jurisdicción ajena a la del poder judicial, con cualquier cargo de designación popular o designación política, con los empleos o cargos dotados o retribuidos por la Administración, con los empleos de todas clases en los Tribunales y Juzgados de

⁴⁵⁵ JIMENEZ ASENSIO, R., *Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial*, Op. Cit., pág. 77.

⁴⁵⁶ Hemos de detenernos y llamar la atención sobre el hecho de que el constituyente, en el ámbito tan concreto que nos ocupa, no haga mención alguna a que el sistema de incompatibilidades pretenda garantizar también la imparcialidad de jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones. Esto es sorprendente si observamos la regulación del art. 103.3 de la CE que cuando se refiere al Estatuto de los funcionarios públicos, se indica, como ya se ha visto, que será la ley quien regule “las peculiaridades del ejercicio de su derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y la garantía para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”. Y la sorpresa ya es total al comprobar que la imparcialidad como principio se predica de la actuación del Ministerio Fiscal (art. 124.2 CE) y no de los Jueces y Magistrados.

⁴⁵⁷ El desarrollo reglamentario lo encontramos en los artículos 262-283 del RCJ.

cualquier orden jurisdiccional, con el ejercicio de la abogacía y de la procuraduría, con el ejercicio de todo tipo de asesoramiento jurídico, con el ejercicio de toda actividad mercantil, con las funciones de director gerente, administrador, consejero, socio colectivo o cualquier otra que implique intervención directa, administrativa o económica en sociedades o empresas mercantiles públicas o privadas, de cualquier género, y con todo empleo, cargo o profesión retribuida salvo la docencia o investigación jurídica así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y las publicaciones derivadas de aquella.

En caso de que se produzca la simultaneidad de la condición de juez o magistrado, con la de algún cargo, empleo o profesión de las que consideradas incompatibles, el juez o magistrado afectado deberán optar por uno u otro cargo en el plazo de ocho días, entendiéndose que de no hacerlo renuncia al nombramiento judicial (art. 390 LOPJ).

Como vemos al ser un régimen de incompatibilidades tan estricto ha propiciado que distintos sectores judiciales hayan reivindicado, y lo sigan haciendo, un régimen retributivo que lo compense.

Por último las incompatibilidades que recoge la LOPJ se hacen depender de quien es el que ejerce la actividad jurisdiccional y del destino en un determinado órgano. En el caso de los Magistrados del Tribunal Supremo, la regulación de sus incompatibilidades las encontramos en los artículos 348 bis, en virtud del cual perderá la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo al desempeñar cualesquiera otras actividades públicas o privadas salvo las excepciones previstas⁴⁵⁸. Ciertamente con las modificaciones operadas en el régimen de incompatibilidades que afecta a los Magistrados del Tribunal Supremo, el mismo es más estricto que el anterior⁴⁵⁹, aunque

⁴⁵⁸ Art. 348 bis LOPJ “Se pasará de la categoría de magistrado del Tribunal Supremo o la de magistrado al desempeñar cualesquiera otras actividades públicas o privadas con las únicas excepciones que a continuación se señalan:

1. Vocal del Consejo General del Poder Judicial.
2. Magistrado del Tribunal Constitucional.
3. Miembro de Altos Tribunales de Justicia internacionales.
4. Fiscal General del Estado.
5. Jefe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial”

Recordemos que este artículo fue introducido por la LO 5/1997, de 4 de diciembre, y los apartados 4 y 5 del mismo por la LO 2/2004 de 28 de diciembre. Esta última Ley ha corregido la contradicción existente entre este precepto y el art. 352 LOPJ, al no mencionarse hasta ahora al Fiscal General del Estado entre los cargos que excepciona este precepto. Además se ha acomodado este precepto al nuevo apartado 3 del art. 335 LOPJ en cuanto a la nueva categoría dada al Jefe de la Inspección.

⁴⁵⁹ Ya no podrán formar parte del Tribunal de Conflictos de jurisdicción, o presidir el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, o que se les conceda Comisión de Servicio para participar en reuniones o conferencias judiciales internacionales directamente relacionados con su condición y que según DE MATEO MENÉNDEZ, llega a la conclusión de que tampoco pueden presidir los tribunales calificadores ni de las pruebas de ingreso en la carrera judicial ni de especialización en los diferentes órdenes jurisdiccionales. DE MATEO MENÉNDEZ, F., *¿Pueden los magistrados del Tribunal Supremo presidir tribunales calificadores en la carrera judicial?*, La Ley, nº 5, 1999, págs. 1980-1984.

también hemos de recordar que a su vez se les ha dotado de un nuevo régimen retributivo distinto del resto de la Carrera Judicial.⁴⁶⁰

- Desarrollo reglamentario del régimen de incompatibilidades.

Por lo que se refiere al desarrollo reglamentario del régimen de incompatibilidades y tramitación de expedientes a Jueces y Magistrados, realizado al amparo del art. 110 de la LOPJ, como ya hemos comentado anteriormente se ha concretado en los artículos 262 a 283 del RCJ, en los que de un modo pormenorizado se trata la materia sobre incompatibilidades de los miembros de la Carrera judicial para el desempeño de un segundo puesto de trabajo⁴⁶¹.

Por un lado en el Reglamento existe una remisión a lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, es decir a la citada Ley 53/1984 de 26 de diciembre, sobre las autorizaciones a los miembros de la carrera judicial para compatibilizar el cargo con el ejercicio de la docencia o investigación jurídica, producción y creación literaria, artística, científica y técnica y las publicaciones derivadas de aquella (art. 263 RCJ). Por otro lado la competencia para la autorización de la compatibilidad reside en el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, que podrá delegar en la Comisión Permanente (art. 264 RCJ). Cabe la posibilidad de denegación de la petición de compatibilidad cuando se pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes judiciales o comprometer la imparcialidad o independencia del Juez o Magistrado afectado (art. 267 RCJ)⁴⁶².

Están definidas las normas generales sobre esta materia en el artículo 266 del RCJ que dice que “el ejercicio de cualquier actividad compatible, no afectará a los deberes de residencia y de asistencia al lugar de trabajo ni justificará en modo alguno, el retraso en el trámite o resolución de los asuntos ni la negligencia o descuido en el desempeño de las obligaciones propias del cargo”.

- Incompatibilidades de los Jueces de paz y magistrados suplentes.

En primer lugar en el análisis de las incompatibilidades de Jueces y Magistrados, hemos de referir lo dispuesto en el art. 102 de la LOPJ para las incompatibilidades de los jueces de paz. Dicho precepto manifiesta que pueden ser nombrados, quienes aun no siendo licenciados en Derecho, reúnan los requisitos establecidos en esa ley, y no estén incurso en las incapacidades o incompatibilidades previstas para el desempeño de

⁴⁶⁰ Art. 404 bis de la LOPJ.”De conformidad con el principio de supremacía jurisdiccional que se recoge en el artículo 123 de la Constitución y de acuerdo con el carácter de magistratura de ejercicio contemplado en la presente Ley, las remuneraciones de los magistrados del Tribunal Supremo se establecerán en cuantía similar a las de los titulares de otros altos Órganos Constitucionales, atendiendo a la naturaleza de sus funciones.”

⁴⁶¹ Incorporando el Reglamento en estos artículos los criterios fijados por el CGPJ en la materia en los Acuerdos del Pleno de 25 de septiembre de 1986 y 6 de marzo de 1991.

⁴⁶² Como precedente de este art. 267 del RCJ, podemos ver el art. 1.3 de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre.

las funciones judiciales, a excepción del ejercicio de actividades profesionales o mercantiles.

Han sido diversas las ocasiones en las que ha intervenido la Comisión Permanente del CGPJ determinando las incompatibilidades en las que incurría el Juez de Paz, así tenemos el Acuerdo núm. 27 de 2 de abril de 2003 que declaraba incompatible el desempeño del cargo con el de la función de la interesada como contratada laboral en el Ayuntamiento de la misma localidad, debiendo optar por uno de los dos puestos en el plazo de 8 días, o el Acuerdo núm. 47 de 8 de abril de 2003 por el que declaraba incompatible el ejercicio del cargo de Juez de Paz con la participación en las elecciones, o el Acuerdo núm. 21 de 26 de junio de 2002, que determinó la incoación de expediente disciplinario a un Juez de Paz por afiliación a partido político y la remisión a la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, del expediente disciplinario para que dispusiese el cese del Juez de Paz al haber incurrido en causa de incompatibilidad.⁴⁶³

Por lo que se refiere a los magistrados suplentes, su régimen de incompatibilidades queda previsto en el art. 201.4 de la LOPJ, precepto que remite al régimen general de los artículos 389 a 397 de la LOPJ exceptuando lo previsto en el art. 394 relativo al traslado forzoso y la causa de incompatibilidad relativa a la docencia o investigación jurídica, que no les será de aplicación, cualquiera que sea la situación jurídica de quienes la ejerzan. También aquí y sobre esta regulación ha intervenido en múltiples ocasiones el C.G.P.J.⁴⁶⁴

- Reflejo de las incompatibilidades en el régimen disciplinario.

La falta de respeto a las situaciones que exigen la incompatibilidad también tiene su reflejo en la exigencia de la responsabilidad disciplinaria. La LOPJ estima falta muy grave el ejercicio de cualquier actividad incompatible con el cargo de Juez de las previstas en el art. 389 LOPJ, con excepción de las que puedan constituir falta grave con arreglo a lo dispuesto en el art. 418.14 de la misma ley (art. 417.6 LOPJ). Se considera falta muy grave provocar el propio nombramiento para Juzgados y Tribunales cuando concurra en el nombrado alguna de las situaciones de incompatibilidad o prohibición de las previstas en los artículos 391 a 393 de esta Ley⁴⁶⁵ (417.7 LOPJ), o mantenerse en el cargo en los órganos donde están destinados cuando concurran dichas circunstancias, sin poner en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial las circunstancias necesarias para proceder al traslado forzoso previsto en el artículo 394 LOPJ. También

⁴⁶³ E incluso el propio Pleno del Consejo General del Poder Judicial ha intervenido también en esta materia y así por ejemplo en fecha de 19 de junio de 2002, inadmitió el recurso de alzada interpuesto sobre incompatibilidad del cargo de un Juez de Paz con la policía local.

⁴⁶⁴ Véanse el Acuerdo número 9 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 17 de diciembre de 1986, por el que se cesa a un magistrado suplente por incompatibilidad de dos puestos de trabajo en el sector público, o el Acuerdo núm. 18 del mismo órgano de 10 de julio de 1991, por el que se cesó a un Juez Sustituto por incompatibilidad al ejercer como recaudador interino en la zona.

⁴⁶⁵ Que se refiere a las relaciones de parentesco entre jueces o magistrados y de éstos con los profesionales o cuando se haya ejercido como tal.

se incurre en falta muy grave con la inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurren algunas de las causas legalmente previstas⁴⁶⁶ (417.8 LOPJ).

Por otra parte la LOPJ considera faltas graves, el ejercicio de una actividad de las consideradas compatibilizables a que se refiere el artículo 389.5 de dicha Ley Orgánica, sin solicitar la pertinente autorización o habiéndola obtenido falseando la verdad (418.14 LOPJ). Asimismo se observa como falta grave la abstención injustificada, cuando así sea declarada por la Sala de Gobierno (418.15 LOPJ).

Recordemos que la sanción que cabe imponer por una falta muy grave se prevé en el artículo 420.1 de la LOPJ y pueden consistir incluso en el traslado forzoso a Juzgado o Tribunal con sede separada, al menos en 100 Km. de aquella en que estuviera destinado el sujeto o sanción de separación y suspensión de hasta tres años.

Para el análisis en mayor profundidad de estas cuestiones, nos remitimos a los epígrafes siguientes así como al apartado referido a la incidencia por vía disciplinaria en la independencia de Jueces y Magistrados y que ya tratamos con anterioridad.

9.3. Incompatibilidades absolutas, relativas y particulares.

9.3.1. Incompatibilidades absolutas.

Dice GONZALEZ GALÁN⁴⁶⁷ que las causas de incompatibilidad absoluta se significan no sólo por tener un marcado carácter de generalidad⁴⁶⁸, peculiaridad que pertenece al acervo de las incompatibilidades, sino porque además excluyen totalmente el ejercicio de la función jurisdiccional conjuntamente con el ejercicio de cualesquiera otras funciones y de actividades no jurisdiccionales que se detallan legalmente.

Las incompatibilidades absolutas de ámbito general requieren que quién haya sido nombrado Juez o Magistrado deberá optar en el plazo de ocho días por uno u otro cargo, o cesar en el ejercicio de la actividad incompatible (art. 390 LOPJ). De no hacer uso de esta opción, se entiende que renuncia al nombramiento judicial.

Podemos destacar, de estas incompatibilidades la recogida en el apartado quinto del mencionado art. 389 que señala que el cargo de Juez o Magistrado es incompatible con todo empleo, cargo o profesión retribuida, salvo la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y las publicaciones derivadas de aquélla, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. No obstante lo referido, la excepción no puede convertir sin más, en régimen de “obligada”

⁴⁶⁶ En este sentido se puede el Acuerdo número 6 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 19 de noviembre de 1986 por el que se ordenó el traslado forzoso de un Magistrado con destino en una Audiencia Provincial, por causa de incompatibilidad sobrevenida del art. 394.2 de la LOPJ, con su esposa con destino en la Fiscalía de la Audiencia Territorial.

⁴⁶⁷ GALAN GONZALEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*, Op. Cit., pág. 24.

⁴⁶⁸ Cfr. AGUILERA DE PAZ Y RIVES MARTÍ, *El derecho judicial español*, Op. Cit., pág. 610; JIMENEZ ASENJO, *Organización judicial española*, Madrid 1952, pág. 249.

tal clase de compatibilidad, en cuanto que, por un lado el art. 110.1, i) LOPJ atribuye al Consejo General del Poder Judicial una potestad reglamentaria sobre su personal en cuanto al régimen de incompatibilidades, y, por otra parte, los arts. 262 y siguientes del Reglamento 1/1995 de 7 de junio de la Carrera Judicial, matizan, en términos claros, extremos como los referidos a la competencia del Consejo, y, en concreto, que el ejercicio de cualquier actividad compatible no afectará a los deberes de residencia y de asistencia al lugar de trabajo, ni justificará “en modo alguno” el retraso en el trámite o resolución de los asuntos en cuanto al desempeño de las obligaciones propias del cargo (judicial), ni la negligencia o descuido, y, además, que se denegará cualquier petición de compatibilidad de una actividad cuando su ejercicio “pueda impedir o menoscabar” el estricto cumplimiento de los deberes judiciales (art. 266 y 267 RCJ), lo que, en definitiva, si bien se observa, resulta que no es sino aplicación de lo previsto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre sobre la materia en general, tal como ha venido interpretándose por una reiterada doctrina de este Tribunal Supremo⁴⁶⁹ a cuya legalidad también aluden el art. 263 del RCJ, y el Art. 389.5º de la LOPJ, como además, no podía ser de otro modo (STS Ca 11-02-2003, RJ 2003\1767).

Como vemos este precepto admite pues unas compatibilidades, unas determinadas actividades extrajurisdiccionales complementarias de la función judicial, siempre que no entorpezcan la misma, ni se le dedique un tiempo tal que limite los esfuerzos en la tarea principal del juez, ni repercutan negativamente en la situación del juzgado, ni se ponga en duda la imparcialidad del Juez o Magistrado, remitiéndose este artículo a la regulación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, es decir a la Ley 53/1984 de 26 de diciembre y al RD 598/1985 de 30 de abril.

Asimismo hay que hacer constar que a pesar de la severidad del listado de incompatibilidades, el Reglamento de la Carrera Judicial, introduce algunos paliativos en forma de autorizaciones de compatibilidad a cargo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, o, en su caso, de la Comisión Permanente del mismo: profesores asociados en régimen de tiempo parcial en la Universidades Públicas, actividades de investigación de carácter no permanente y ejercicio de la docencia en instituciones privadas, siempre que todo ello se realice a tiempo parcial fuera del horario de oficina judicial.

Sobre esta cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de abril de 1996 (RJ 1996\5283), la cual dice que el art. 389.5 de la LOPJ, impide que el cargo de Juez o Magistrado sea compatible con todo empleo, cargo o profesión retribuida, salvo la docencia, y esa compatibilidad con la docencia, “deberá ser aplicada de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, remisión que hay que entenderla referida a la Ley 53/1984 de 26 de diciembre, y conforme se prevé en la misma, el personal comprendido en ella, no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, salvo los supuestos en ella previstos, y en el art. 4.1 de esa Ley, que establece que podrá autorizarse la compatibilidad, cumplidas las restantes exigencias de esta Ley, para el desempeño de un puesto de trabajo en la esfera docente, como Profesor Universitario Asociado en

⁴⁶⁹ Sentencias de 31 de enero de 1992 (RJ 2002\2943), 26 de abril de 1996 (RJ 1996\5283) y 10 de diciembre de 2002 (RJ 2002\10731) del TS.

régimen no superior a la de dedicación a tiempo parcial y con duración determinada”, única posibilidad de compatibilidad, señala la sentencia, en la que no se encontraba el recurrente.⁴⁷⁰

También se permite sin necesidad de autorización ser profesor tutor de la Universidad a distancia (UNED) y ejercer las actividades que contempla el art. 19 de la Ley 53/1984 (“de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas”) entre las que se encuentran las de administrar el patrimonio personal, dictar cursos o conferencias, participar en tribunales calificadoros, etc.

Destaca, en cambio una previsión de compatibilidad que no estaba en la LOPJ y que tampoco aparece en la Ley 53/84, aunque para los funcionarios públicos no pertenecientes al poder judicial pudiera integrarse en el concepto de actividad privada compatible. Se trata de la clásica figura del “preparador” de oposiciones a juez, actividad amplia y socialmente reconocida pero jurídicamente inexistente hasta el momento en que el Reglamento de la Carrera Judicial lo desvela en un peculiar juego de complicidades. Dice su art. 282: “La preparación para el acceso a la función pública, que implicará en todo caso incompatibilidad para formar parte de órganos de selección de personal, solo se considerará exceptuada del régimen de incompatibilidades cuando no suponga una dedicación superior a setenta y cinco horas anuales y no implique incumplimiento del horario de trabajo”.

El supuesto de hecho excluyente, como se puede apreciar, es imposible, pues es muy difícil asumir que un “preparador” puede dedicar menos de hora y media a la semana a esa tarea y preparar a alguien para oposiciones. Pero el mencionado art. 282 del RCJ así redactado tiene una doble virtualidad práctica; reconoce la existencia de esa actividad extra-judicial por jueces y magistrados y permite someterla al régimen de incompatibilidades o, lo que es lo mismo, al régimen de autorización de compatibilidad creando un supuesto que era difícilmente asimilable al de docencia en instituciones públicas o privadas.

Por último hemos de mencionar dos supuestos en los que el Consejo no ha concedido la compatibilidad y que merecen la pena destacarse por la situación que implican.

⁴⁷⁰ Esta sentencia del T.S. deviene del recurso de casación en interés de Ley núm. 220/1991, en relación a ello, al interponer recurso contencioso-administrativo un Magistrado de Sala de Tribunal Superior de Justicia frente al Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 6 de noviembre de 1990 según el cual, se desestimó el recurso de reposición promovido frente a un Acuerdo anterior de 11 de julio de 1990, por el que se le denegaba la solicitud de concesión de compatibilidad de su cargo en la Carrera Judicial con la función de profesor Titular “a tiempo parcial” de la UNED. Este recurso fue posteriormente ampliado a los Acuerdos del mismo Consejo de 19 de febrero y 10 de abril de 1991, y otorgaba al recurrente un plazo de ocho días para optar entre ambos cargos.

Dado que el Consejo General tuvo conocimiento de que el recurrente seguía impartiendo clases en la UNED, se le requirió para que cesara en la actividad docente bajo apercibimiento de tenerle por renunciante en la carrera, a lo que se opuso, solicitando la excedencia voluntaria en la carrera. El Pleno del Consejo, le tuvo por renunciado en la carrera al entender que no había optado en el plazo de ocho días por la carrera judicial.

El Tribunal Supremo admitió el recurso, dejando sin virtualidad los Acuerdos de 12 de febrero y 22 de abril de 1993, declarando que procedía reintegrar al recurrente en la carrera judicial en la situación administrativa de excedencia voluntaria.

El primero es el tratado en el Acuerdo del Pleno de 5 de noviembre de 1986 que resolvió “no conceder en lo sucesivo compatibilidad alguna a Jueces y Magistrados para funciones de arbitraje, ni autorización para presidir las comisiones negociadoras de convenios colectivos ni ninguna otra actividad similar”⁴⁷¹.

Y el segundo de los supuestos es el que se aborda en el Acuerdo del Pleno del Consejo de 21 de diciembre de 1994, en el cual inadmite la compatibilidad cuando una Magistrado actuó como Abogada, asumiendo la dirección letrada de dos procedimientos penales en que era parte su padre. En este caso, el Pleno estimó que no debía de confundirse la legitimación para el ejercicio de la acción penal del art. 102.3 de la L.E.Crim, con la postulación procesal por medio de Procurador y con la asistencia de Abogado, por lo que se estimó además, que ello constituía una infracción muy grave de incompatibilidad regulada en la LOPJ en el art. 417.1 LOPJ en relación con el art. 389.6 del mismo texto legal.

9.3.2. Incompatibilidades relativas.

En contraposición a las causas de incompatibilidad absolutas, dice GONZALEZ GALAN⁴⁷² que las incompatibilidades relativas, a pesar del carácter de generalidad no impiden o excluyen el ejercicio de la función jurisdiccional en cualquier caso, sino que lo que hacen es limitarlo en determinadas circunstancias y lugares, y se permite en su caso, la dispensa de dicha incompatibilidad.

Por lo que atañe a las incompatibilidades relativas, como la abstención y recusación que se regulan en los artículos 217 y 228 de la LOPJ, dichos preceptos han sido redactados conforme a la LO 19/2003 de 23 de diciembre⁴⁷³, que en su exposición de motivos apartado IV párrafo tercero refiere que “...para una mejor garantía de la independencia e imparcialidad de Jueces y Magistrados, se da una nueva redacción al capítulo dedicado a la abstención y recusación, completándose así el sistema diseñado por la reciente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuyo texto también obliga a las debidas adaptaciones del régimen de nulidad de actuaciones y de aclaración o corrección de resoluciones”.

Sobre el tema de la abstención y recusación nos ocuparemos más detenidamente más adelante en un epígrafe específico. No obstante, dejemos dicho aquí que la composición de una sala, sección o juzgado puede verse alterada por la abstención de un juez o magistrado, que se aparta espontáneamente de un asunto, y por la recusación, cuando ese apartamiento es provocado por otras personas. Ambas figuras están encaminadas a preservar la compatibilidad relativa de los funcionarios judiciales en aras

⁴⁷¹ En Francia la incompatibilidad de Jueces y Magistrados para ejercer funciones de arbitraje es absoluta.

⁴⁷² GALAN GONZALEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*, Op.Cit., pág. 24.

⁴⁷³ Recordemos que la primera regulación general de la abstención y de la recusación se encuentra en la LOPJ de 1870, artículos 426-471, aunque existieron algunos antecedentes parciales.

Vid. sobre el tema MONTERO AROCA, J. *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Op. Cit., pág. 19-24, y 207-214.

a la exigencia de imparcialidad que el tribunal Constitucional incluye en el derecho al proceso con todas las garantías⁴⁷⁴.

El requisito de la compatibilidad relativa, que afecta a un asunto determinado, debe ser diferenciado del de la compatibilidad absoluta, concerniente a cualquier clase de asunto y que regula la LOPJ en los arts. 389 a 394.

Las causas de la abstención y de la recusación se encuentran taxativamente enunciadas en el art. 219 de la LOPJ, y vienen determinadas por una especial relación con los sujetos del proceso, o por una especial relación con el objeto del proceso. La nueva redacción dada a estos preceptos por la reforma del año 2003 tiene como fin acomodar la LOPJ a las modificaciones introducidas en la Ley de Procedimiento Laboral, de Enjuiciamiento Criminal y a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que remite la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Dentro de las incompatibilidades relativas podemos encuadrar lo que se ha definido como la incompatibilidad por razón del cargo (art. 389 y 390 de la LOPJ), en contraposición a la incompatibilidad por razón de la persona (enmarcadas dentro de las incompatibilidades particulares).

En primer lugar hemos de decir que el precepto 389 LOPJ principia el capítulo II dedicado a la regulación del régimen jurídico de incompatibilidades y prohibiciones, dentro del Título II del Libro IV, título dedicado a la independencia de Jueces y Magistrados. Este artículo que ha sido interpretado de forma muy rigurosa por el CGPJ, relaciona las incompatibilidades del cargo de Juez y Magistrado en nueve puntos⁴⁷⁵, y con ello no hace sino dar cumplimiento al mandato constitucional recogido en los artículos 127.2 y 117.1 de la Constitución que impone un “régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos”.

⁴⁷⁴ Cfr. STC de 2 de julio de 1988 (RTC 150\1998).

⁴⁷⁵ En concreto el art. 389 de la LOPJ señala que “El cargo de Juez o Magistrado es incompatible;

1º Con el ejercicio de cualquier otra jurisdicción ajena a la del Poder Judicial.

2º Con cualquier cargo de elección popular o designación política del Estado, Comunidades Autónomas, Provincias y demás entidades locales y organismos dependientes de cualquiera de ellos.

3º Con los empleos o cargos dotados o retribuidos por la Administración del Estado, las Cortes Generales, la Casa Real, Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios y cualesquiera entidades, organismos o empresas dependientes de unos u otras.

4º Con los empleos de todas clases en los Tribunales y Juzgados de cualquier orden jurisdiccional.

5º Con todo empleo, cargo o profesión retribuida, salvo la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y las publicaciones derivadas de aquella, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

6º Con el ejercicio de la Abogacía y de la Procuraduría.

7º Con todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido.

8º Con el ejercicio de toda actividad mercantil, por sí o por otro.

9º Con las funciones de Director, Gerente, Administrador, Consejero, Socio colectivo o cualquier otra que implique intervención directa, administrativa o económica en sociedades o empresas mercantiles públicas o privadas de cualquier género.

Para el análisis de la incompatibilidad por razón del cargo, hemos de tener en cuenta la exclusividad de la jurisdicción en sentido negativo, y así hemos de partir de la exclusividad de la función jurisdiccional consagrada en el art. 117.4 de la CE, y recogida también el art. 2.2 LOPJ “Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior, y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”. La norma general se ha de entender pues como la de la incompatibilidad para el ejercicio de cualquier otra actividad distinta a la jurisdiccional, salvo autorización previa del Consejo conforme a lo dispuesto en el art. 397 de la LOPJ y al margen de las funciones que les sean encomendadas por ley en garantía de cualquier derecho y de las funciones docentes y de creación científica que se desarrollan en los artículos 262 y siguientes del Reglamento de la Carrera Judicial. Hay que decir que el régimen de autorización es riguroso tendente a garantizar la independencia y la imparcialidad.

Con carácter excepcional, cabe de forma puntual que se autorice la realización de actividades de asesoramiento en casos concretos, y así el art. 277 del Reglamento de la Carrera Judicial, establece reiterando lo establecido en el artículo 6 de la Ley 53/1984 de incompatibilidades que “1. También podrá concederse excepcionalmente la compatibilidad para el ejercicio de actividades de investigación de carácter no permanente o de asesoramiento en casos singulares que no correspondan a las funciones del personal adscrito a las respectivas Administraciones Públicas. 2. Se entenderá que concurre la expresada excepcionalidad cuando se asigne el encargo por medio de concurso público o cuando el desempeño de la actividad de que se trate requiera de una especial cualificación que sólo ostenten personas afectadas por el ámbito de aplicación de la Ley 53/1984”⁴⁷⁶.

Otra cuestión son las denominadas “Actividades Exceptuadas”, las cuales por no estar sujetas al régimen de autorización previa, no existe obligación legal de declaración⁴⁷⁷. Estas actividades, como dice el art. 281.1 del Reglamento de la Carrera

⁴⁷⁶ Sobre este aspecto no podemos sustraernos aquí a referir la Sentencia del TC 150/1998 de 2 de julio (RTC 1998\150), en la que se abordan la cuestión referente a las funciones que corresponden o pueden corresponder a los miembros de la Carrera Judicial desde una perspectiva Constitucional y por la que se declara inconstitucional un precepto de la Ley 14/1990 de 18 de noviembre de Concentración Parcelaria de la Comunidad Autónoma de Castilla y León por la que adjudicaba la presidencia de las Comisiones Locales de Concentración Parcelaria al “Juez de Primera Instancia a cuya jurisdicción pertenezca la zona” y si hubiese varios “al decano o a aquel en quien éste delegue”. Razona el Tribunal que “... Sin entrar al análisis del artículo 117 de la Constitución, basta para el caso que el artículo 149.1º 5 atribuya al Estado la competencia respecto de la “Administración de Justicia””. Parece lógico que en esta materia haya de encontrarse inserta la función que desarrollan los Jueces y Magistrados titulares del Poder Judicial, y por lo tanto, si como quería la Comunidad de Castilla y León, una ley suya pudiera atribuir a los jueces funciones distintas de la jurisdiccional, esta misma podría verse afectada, y es por todo ello por lo que ha de ser el Estado, titular exclusivo de la competencia, quien decida y valore que funciones pueden realizar los Jueces y Magistrados, sin que la exclusividad y la independencia de la función jurisdiccional se vean afectados.

En el mismo sentido se vuelve a pronunciar el Tribunal Constitucional en la Sentencia 127/1999 de 1 de Julio (RTC 127\1999), que declaró inconstitucional el artículo 10 de la Ley 13/1989 de Montes Vecinales en Mano Común de la Comunidad Autónoma de Galicia, que atribuía en dicho precepto la Vicepresidencia de los Jurados Provinciales de Clasificación de Montes Vecinales a un Magistrado de la Audiencia Provincial correspondiente.

⁴⁷⁷ El art. 281 del Reglamento de la Carrera Judicial recoge que “1. Las actividades a que se refiere el artículo 19 de la Ley 53/1984 podrán realizarse sin necesidad de autorización o reconocimiento de compatibilidad, siempre que concurren los requisitos establecidos para cada caso concreto”.

Judicial, son las enumeradas en el artículo 19 de la Ley 53/1984 de incompatibilidades⁴⁷⁸ siempre que concurren los requisitos establecidos para cada caso concreto, existiendo alguna duda en el apartado h de este precepto “colaboración y la asistencia ocasional a Congresos, Seminarios, Conferencias, o cursos de carácter profesional”. En este sentido se ha de decir que se ha alegado el carácter ocasional de la actividad cuando se trata de intervenir en Congresos, seminarios, conferencias y cursos de carácter profesional (Master, conferencias...) y que conforme a los Acuerdos de la Comisión Permanente núm. 19 de 16 de mayo de 2000, y números 30 y 31 de 23 de noviembre de 2001, se entiende que la actividad está exceptuada cuando la intervención en el curso profesional (o similar) no supera las 20 horas. Incluso se mantiene este criterio cuando la actividad se reitera en el tiempo (colaboraciones puntuales con los Colegios de Abogados o Escuelas de Práctica Jurídica, de escasas horas, que se realizan en años sucesivos, Acuerdo número 36 de 12 de febrero de 2002 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial).

Señalemos por otro lado que también quedan exceptuadas las actividades realizadas en concepto de “profesor tutor” de los Centros Asociados de la UNED de acuerdo con las especialidades y condiciones que establece el Real Decreto 2005/86 de septiembre, siempre que la función tutorial no exceda de 75 horas al año. Por el contrario el régimen de los profesores asociados se sujeta al régimen general de compatibilidad.

9.3.3. Incompatibilidades particulares.

Por su parte las incompatibilidades particulares (arts. 391 a 394 LOPJ) se refieren a las situaciones de parentesco entre jueces o magistrados y de éstos con los profesionales, debiendo entenderse comprendidas dentro de este apartado también las situaciones de hecho a ellas asimiladas cuando exista una unión de forma estable por

⁴⁷⁸ Las actividades que enumera la Ley de Incompatibilidades como exceptuadas en su artículo 19 son las siguientes;

- a) Las derivadas de la administración del patrimonio personal o familiar, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la presente Ley.
- b) La dirección de seminarios o el dictado de cursos o conferencias en Centros oficiales destinados a la formación de funcionarios o profesorado, cuando no tengan carácter permanente o habitual ni supongan más de setenta y cinco horas al año, así como la preparación para el acceso a la función pública en los casos y formas que reglamentariamente se determine.
- c) La participación en Tribunales calificadores de pruebas selectivas para ingreso en las Administraciones Públicas.
- d) La participación del personal docente en exámenes, pruebas o evaluaciones distintas de las que habitualmente les corresponda, en la forma reglamentariamente establecida.
- e) El ejercicio del cargo del Presidente, Vocal o miembro de Justas rectoras de Mutualidades o Patronatos de Funcionarios siempre que no sea retribuido.
- f) La producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como las publicaciones derivadas de aquellas siempre que no se originen como consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios.
- g) La participación ocasional en coloquios y programas en cualquier medio de comunicación social y
- h) La colaboración y la asistencia ocasional a Congresos, seminarios conferencias o cursos de carácter profesional.

análoga relación de afectividad⁴⁷⁹. También se conocen estas incompatibilidades particulares como incompatibilidades por razón de las personas. Y al hablar de incompatibilidades particulares, nos estamos refiriendo a que no se podrá desempeñar el cargo de Juez o Magistrado:

- En los Juzgados, Audiencias Provinciales y Salas de los Tribunales (en los casos y con las excepciones establecidas en los arts. 391, 392 y 393 LOPJ), por razones de parentesco (vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente, parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad), con otros jueces o magistrados, fiscales, secretarios y demás personas al servicio de la Administración de Justicia que de ellos dependan directamente, o con Abogados o Procuradores.

- En una Audiencia Provincial o Juzgado en cuya circunscripción territorial posea él mismo, su cónyuge o parientes intereses económicos que le puedan obstaculizar el imparcial ejercicio de la función jurisdiccional, o haya ejercido la Abogacía o el cargo de Procurador en los años anteriores a su nombramiento.

Asimismo no podrán intervenir los Jueces o Magistrados en la resolución de recursos relativos a resoluciones dictadas por quienes tengan con ellos vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente, o tuvieran parentesco entre sí dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad (salvo que por previsión legal o por aplicación de lo dispuesto en los artículos 155 y 198.1 de esta Ley existieren varias secciones, en cuyo caso podrán integrarse en secciones diversas, pero no forma Sala juntos)⁴⁸⁰, ni en fases posteriores del procedimiento que, por su propia naturaleza

⁴⁷⁹ Sobre estas incompatibilidades particulares se ocupan el Acuerdo núm. 17 de la Comisión Permanente de 9 de diciembre de 2002 que estimó que un Magistrado no podía ocupar plaza en un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria siendo su cuñado Presidente de una Sección de esa Audiencia Provincial. Asimismo el Acuerdo núm. 27 del Pleno del CGPJ de 13 de diciembre de 1995 resolvió la incompatibilidad de un Magistrado de un órgano mixto que contrajo matrimonio con una letrada de la misma ciudad en la que ejercía habitualmente en el ámbito civil y penal, trasladando forzosamente al magistrado a un Juzgado de lo Social de Albacete. También por Acuerdo número 47 de 4 de marzo de 2003 de la Comisión Permanente del CGPJ, se resuelve consulta elevada por un Magistrado en situación administrativa de servicios especiales en la Carrera Judicial, acerca del Régimen de incompatibilidades por razón de Parentesco, participándole la Comisión que las incompatibilidades por razón de matrimonio y parentesco se regulan en los arts. 392.1 y 391.2 de la LOPJ, y que para el caso de la incompatibilidad prevista en el 392.1 de la LOPJ, se exige habitualidad, razón por la cual si el cónyuge de la Magistrado ejerce habitualmente en dos poblaciones de la provincia de León y sólo con carácter esporádico en esta ciudad, la incompatibilidad sólo resultará aplicable en el caso de “ejercicio habitual” de esas localidades y por lo tanto dicho ejercicio profesional fuera de la demarcación en la que se encuentra destinada la Magistrado, en modo alguno puede convertirse en causa de incompatibilidad para ella.

También el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre estas incompatibilidades y así en su sentencia de 8 de marzo de 1996 (recurso contencioso administrativo núm. 7291/1992), RJ 1996\5281, anuló el Acuerdo del Pleno de fecha de 17 de junio de 2002 por el que no se estimaba incompatibilidad de un procurador con su hermano Magistrado destinado en un Juzgado de lo Penal de la misma ciudad, declarando que si existía esa incompatibilidad. En aquel tiempo la ciudad de Cádiz no tenía 10 juzgados, que es el mínimo que la ley exige en el supuesto de sustitución.

⁴⁸⁰ El art. 155 LOPJ refiere que “El Presidente designará un ponente para cada asunto a tratar, que informará a la Sala y presentará, en su caso, la propuesta de acuerdo o resolución, salvo que, por razones de urgencia, no sea posible, o por la escasa importancia del asunto, a juicio del Presidente, no lo requiera”.

Por su parte el art. 198.1 LOPJ dice que “La composición de las secciones de determinará por el presidente según los criterios aprobados anualmente por la Sala de Gobierno, a propuesta de aquél.”.

impliquen una valoración de lo actuado anteriormente por ellas. En virtud de este principio, son incompatibles:

1.- Los titulares de los Juzgado de Instrucción (Y de Juzgados de Violencia sobre la Mujer) con los Magistrados titulares de Juzgados de lo Penal o de las Secciones penales con competencia funcional para conocer en juicio oral de lo instruido por ellos. Los Magistrados de cualquier Sala de Justicia o Audiencia Provincial, o de las Secciones de una y otra, a la que se halle atribuido el conocimiento de los recursos respecto de las resoluciones dictadas por un órgano jurisdiccional, con los Magistrados de dicho órgano. Se exceptúan de esta incompatibilidad las Salas y Secciones del Tribunal Supremo.

2.- Los Presidentes, Magistrados y Jueces respecto de los Secretarios, del personal al Servicio de la Administración de Justicia que dependen de ellos directamente y de los miembros del Ministerio Fiscal de las correspondientes fiscalías.

En estos casos cuando la causa es anterior al nombramiento quedará el mismo sin efecto y se destinará con carácter forzoso al juez o magistrado, y si es sobrevenida se procederá al traslado forzoso de éste o del otro sujeto, evitándose en lo posible el cambio de residencia.

La Ley Orgánica 16/1994 en la nueva redacción que da al artículo 392 de la LOPJ, lo dota de un nuevo contenido estableciendo un conjunto de incompatibilidades por razón de parentesco, que pretenden evitar cualquier injerencia o interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

La interpretación de este precepto ha sido muy estricta, acomodándose con pulcritud al tenor y finalidad de la norma y a la necesidad de evaluar diferentes situaciones para lograr soluciones proporcionadas, puesto que no olvidemos que se trata de una norma estatutaria limitativa⁴⁸¹. Por ello, no será de aplicación la norma, según el Pleno del Consejo General del Poder Judicial “siempre que en virtud de las normas de reparto propias de esa Audiencia estuviera totalmente asegurado que los juicios y recursos de los que dicha sección tiene que conocer no se corresponden con los instruidos o fallados por el Juzgado servido por el judicial presuntamente incompatible. Todavía más será así si la Sección tuviera encomendado en exclusiva el conocimiento de asuntos civiles al no haber entonces posibilidad de interferencia jurisdiccional. Del mismo modo ocurriría si el Juez estuviera en un Juzgado de Primera Instancia y la Sección de la Audiencia entienda únicamente de asuntos penales, lo que en realidad sucede con frecuencia, cuando menos en las Audiencias provinciales con sede en grandes capitales de provincia”.

Como decimos el Consejo del Poder Judicial ya se ha pronunciado sobre esta materia⁴⁸², poniendo de relieve la interpretación teleológica que debe darse al artículo 392 de la LOPJ, y resolviendo en cada caso en función de las normas de reparto que atribuían el conocimiento de asuntos, en concreto a cada órgano.

⁴⁸¹ Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 15 de diciembre de 1999, o de 25 de marzo de 1992.

⁴⁸² Acuerdo del Pleno de 17 de noviembre de 1999 y de 15 de diciembre de 1999.

Asimismo hemos de entender en primer lugar que, como la norma establece una causa específica de abstención para estos supuestos (causa de abstención no contemplada entre las causas de abstención y recusación del artículo 219 de la LOPJ), en el caso en que todos los Magistrados fueran llamados a formar Sala, de conformidad con el artículo 197 de la LOPJ, y el asunto procediera del órgano en el que sirve el Magistrado no compatible, entrará en aplicación el mecanismo de abstención previsto concretamente en el artículo 392.1 segundo de la LOPJ.

Por el contrario y en segundo lugar, el artículo 392.1 de la LOPJ no es aplicable en el caso de que dos Jueces o Magistrados, unidos por alguno de los vínculos a los que se refiere la ley, ocupen destino en un mismo partido judicial, con la precisión de que en materia de “recursos y en fases del procedimiento que impliquen valoración de lo anteriormente actuado”, no podrán intervenir, ni sustituirse, lo cual puede solventarse fácilmente mediante la abstención y llamamiento del sustituto legal (Acuerdo Comisión Permanente del CGPJ de 18 de agosto de 1999).

En tercer lugar y conforme al art. 392.2 LOPJ, existe también la prohibición de ocupar determinados destinos por razón de la relación de parentesco con el Ministerio Fiscal y personal de la Administración de Justicia⁴⁸³. Y estas incompatibilidades encuentran el mismo fundamento y finalidad que las recogidas en el art. 392.1 LOPJ.

En cuarto lugar, el art. 393 LOPJ por su lado, prohíbe ocupar determinados destinos por razón de parentesco con Abogados y Procuradores y ello por razón de arraigo económico o por razón de anterior ejercicio profesional⁴⁸⁴. En la aplicación de lo señalado en el apartado 1 de este artículo, se habrá de tener en cuenta lo dispuesto en la

⁴⁸³ Art. 392.2. LOPJ “2. Serán incompatibles cuando concurra entre ellas cualquiera de las relaciones a que se refiere el artículo anterior;

- a) Los Presidentes y Magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y los de las Audiencias Provinciales, respecto de los miembros del Ministerio Fiscal de la correspondiente Fiscalía, salvo cuando en la Audiencia Provincial hubiere más de tres secciones.
- b) Los Presidentes y Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal respecto del Fiscal Jefe y Teniente Fiscal de dicho órgano.
- c) Los Jueces de Instrucción y los Jueces unipersonales de lo penal, respecto de los Fiscales destinados en Fiscalías en cuyo ámbito territorial ejerzan su jurisdicción, con excepción de los Partidos donde existan más de cinco órganos de la clase que se trate.
- d) Los Presidentes, Magistrados y Jueces respecto de los Secretarios y demás personal al servicio de la Administración de Justicia que dependan de ellos directamente”.

⁴⁸⁴ Art. 393 LOPJ “No podrán Jueces y Magistrados desempeñar su cargo;

1. En las Salas de Tribunales y Juzgados donde ejerzan habitualmente como Abogado o Procurador, su cónyuge o un pariente dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad. Esta incompatibilidad no será aplicable en las poblaciones donde existan diez o más Juzgados de Primera Instancia e Instrucción o Salas con tres o más Secciones.
2. En una Audiencia Provincial o Juzgado que comprenda dentro de su circunscripción territorial una población en la que, por poseer él mismo, su cónyuge o parientes de segundo grado de consanguinidad intereses económicos, tengan arraigo que puedan obstaculizarles el imparcial ejercicio de la función jurisdiccional. Se exceptúan las poblaciones superiores a cien mil habitantes en los que radique la sede del órgano jurisdiccional.
3. En una Audiencia o Juzgado en que hayan ejercido la Abogacía o el cargo de Procurador en los dos años anteriores a su nombramiento”.

sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1996, y en concreto en su Fundamento de derecho cuarto, que en definitiva viene a decir que es la clase de órgano a ocupar y el número de los que existen en el partido judicial o Audiencia, el que determinará la existencia o no de la incompatibilidad, no siendo posible a estos efectos sumar a los órganos de la Jurisdicción de que se trate los existentes en otros órdenes⁴⁸⁵.

En definitiva, el precepto normativo lo que pretende es evitar que la sustitución que origina la habitual abstención por causa de incompatibilidad⁴⁸⁶ devenga en un mecanismo habitual –artículo 207, 210 y 211 de la misma Ley Orgánica- con la consiguiente alteración de la competencia de cada órgano.

Sobre el aspecto que nos ocupa, ha tenido ocasión el Consejo General del Poder Judicial de pronunciarse y así podemos ver los Acuerdos de 27 de junio de 2000 o de 22 de marzo de 2002, que condicionaron la declaración de compatibilidad en el cargo al compromiso formal de los afectados (Magistrado que ejerce en un orden jurisdiccional y abogado especializado en orden distinto que no actúa en el orden jurisdiccional al que pertenece el Magistrado), ante el Consejo General del Poder Judicial y ante el Colegio de Abogados respectivo, en virtud del cual el cónyuge incompatible adquiriría compromiso formal de no ejercer en la jurisdicción en la que ejercía el judicial.

Esta incompatibilidad que nos ocupa del art. 393.1 de la LOPJ, no es de aplicación y por lo tanto cede en las poblaciones donde existan diez o más Juzgados de Primera Instancia e Instrucción o Salas con tres o más Secciones. La aplicación que se viene haciendo del art. 393 de la LOPJ preserva la garantía de imparcialidad tanto en el

⁴⁸⁵ STS de 8 de marzo de 1996, FD 4º “... no basta que exista uno sólo de los dos casos contemplados en el párrafo último del número 1 del artículo 393 –recordamos, diez o más Juzgados de Primera Instancia e Instrucción o Salas con tres o más Secciones- sino que ello dependerá del órgano judicial unipersonal o pluripersonal a que vaya destinado el Magistrado, es decir, que si el cargo es desempeñado en una Sección de una Sala, es necesario, para evitar la aplicación de la incompatibilidad prevista estudiada, que en la población de que se trate existan como mínimo tres Secciones, y de existir éstas, ya puede desempeñarse el aludido cargo aunque se de la incompatibilidad prevista en el número 1 del tantas veces aludido artículo 393, pero si el cargo es desempeñado en un Órgano unipersonal, para evitar la incompatibilidad deben existir en la población como mínimo diez Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, si va destinado a uno de ellos, o a otro juzgado.

La “ratio” del artículo 393.1 es lograr que la necesaria sustitución del Juez o Magistrado incompatible pueda asumirse con normalidad, habida cuenta que corresponde –artículo 211- a los Jueces de Primera Instancia e Instrucción la sustitución de los Jueces de los demás órdenes jurisdiccionales, cuando en la misma población sólo existiera uno del mismo orden o existiendo varios se hubieran agotado las posibilidades de sustitución entre ellos.

Pero es más, una vez introducida la figura de Juez de lo penal es preciso tener en cuenta la nueva redacción del artículo 211 –modificado por Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre- de la que resulta que la sustitución de los Jueces de lo Penal sólo puede ser asumida por los Jueces de Primera Instancia, en el caso del artículo 89, es decir, cuando existan, como órganos distintos, los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de Instrucción, correspondiendo en los demás casos la sustitución a los Jueces de Menores, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social, según el orden que establezca la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia. Por consiguiente, con arreglo al espíritu que informa el artículo 393.1, ni es posible sumar, a los efectos litigiosos, a los nueve Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Cádiz los tres de lo Penal existentes en dicha población, ni el total de los Juzgados de Menores y de lo Social de Cádiz, a cuyos titulares correspondería la sustitución de los jueces de lo penal, alcanza el número diez – hay un Juez de menores y tres de lo Social- que es el mínimo que exige la Ley para el caso de que la sustitución correspondiera a los Jueces de Primera Instancia e Instrucción.”

⁴⁸⁶ Por vía del artículo 219.2 de la LOPJ.

ámbito objetivo como subjetivo, y asimismo da cumplimiento a otras normas sectoriales como el art. 24 del EGA⁴⁸⁷

Por lo que se refiere al apartado 3 del referido art. 393 de la LOPJ, el mismo refiere que no podrán los Jueces y Magistrados desempeñar su cargo “En una Audiencia o Juzgado en que hayan ejercido la Abogacía o el cargo de Procurador en los dos años anteriores a su nombramiento”. Y aquí hemos de detenernos para referir que en este caso, como en el previsto en el artículo 131.2.1ºf) del Reglamento de Carrera Judicial⁴⁸⁸, el ejercicio de la abogacía o del cargo de procurador viene referido a la realización de actos propios de la profesión, por lo que la mera colegiación no basta como causa de incompatibilidad, si no va acompañada de efectivo ejercicio de la profesión.

Y en último lugar el art. 394 de la LOPJ, contiene las previsiones para los casos en que se den estas situaciones de incompatibilidad⁴⁸⁹, y que ya referiremos más adelante en la segunda parte del trabajo cuando nos ocupemos del apartado dedicado al traslado forzoso⁴⁹⁰.

Como es lógico, el incumplimiento voluntario de estas prohibiciones da lugar a responsabilidad disciplinaria o impone a los órganos decisorios (usualmente del Consejo General del Poder Judicial) la anulación de los nombramientos o acuerdos que hayan dado lugar a estas situaciones. En todo caso, si no operara directa y previamente ni la responsabilidad ni la actuación de dichos órganos, la conclusión es que ha de funcionar, al menos, como una cláusula de abstención o de recusación.

9.4. La Solicitud de Compatibilidad.

⁴⁸⁷ Art. 24 EGA “1. El ejercicio de la abogacía es también incompatible con la intervención ante aquellos organismos jurisdiccionales en que figuren como funcionarios o contratados el cónyuge, el conviviente permanente con análoga relación de afectividad o los parientes del abogado, dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad”.

⁴⁸⁸ Que recoge la misma causa de incompatibilidad que el art. 393.3 LOPJ para los Magistrados suplentes y Jueces Sustitutos.

⁴⁸⁹ Así en el apartado 1 señala que “Cuando un nombramiento dé lugar a una situación de incompatibilidad previstas en los artículos anteriores quedará el mismo sin efecto y se destinará con carácter forzoso al Juez o Magistrado, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que hubiera podido incurrirse.” Y en el apartado 2 recoge que “Cuando la situación de incompatibilidad apareciere en virtud de circunstancias sobrevenidas, el Consejo General del Poder Judicial procederá al traslado forzoso del Juez o Magistrado, en el caso, del número 1 del artículo anterior, o del último nombrado en los restantes. En su caso, podrá proponer al Gobierno el traslado del miembro del Ministerio Fiscal incompatible, si fuera de menor antigüedad en el cargo. El destino forzoso será a cargo que no implique cambio de residencia si existiera vacante, y en tal caso, ésta no será anunciada a concurso de provisión.”

⁴⁹⁰ Recordemos que distinguíamos según se trate de un nombramiento que dé lugar a una situación de incompatibilidad, o de supuestos de incompatibilidad sobrevenida. En el primer caso, el nombramiento quedará sin efecto y se destinará con carácter forzoso al juez o Magistrado, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que hubiera podido incurrirse. En el segundo supuesto, el CGPJ procederá al traslado forzoso del Juez o Magistrado en el caso del art. 393.1 de la LOPJ, o del último nombrado en los restantes. En su caso podrá proponer al Gobierno el traslado del miembro del Ministerio Fiscal incompatible, si fuera de menor antigüedad en el cargo. El destino forzoso será a cargo que no implique cambio de residencia si existiera vacante, y en tal caso ésta no será anunciada a concurso de provisión.

9.4.1. Instrucciones, criterios y acuerdos del Consejo General del Poder Judicial para otorgar la compatibilidad.

Por la importancia del tema, y evitando la reiteración, consideramos necesario profundizar y abordar esta temática, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente mencionando los acuerdos y criterios adoptados por el C.G.P.J. a la hora de otorgar la compatibilidad para una segunda actividad.

El Acuerdo del Pleno del CGPJ de 25 de septiembre de 1986, y conforme al cual se dio el desarrollo reglamentario de la materia, recogía los siguientes elementos para conceder la compatibilidad con una segunda actividad;

1. La autorización únicamente de un segundo puesto de trabajo.
2. Autorización de tareas de investigación o trabajos de asesoramiento⁴⁹¹.
3. Autorización de actividades privadas compatibles docentes o de otra índole y entre ellas la de preparación de opositores para ingreso en la función pública.
4. A la petición que se realice al Consejo General del Poder Judicial, habrán de acompañarse los documentos que se relacionan en el art. 270 del Reglamento⁴⁹².
5. El horario no podrá coincidir con la jornada de trabajo en la actividad principal. Con carácter general sólo se autorizarán compatibilidades para actividades a desarrollar a partir de las 15 horas.
6. Respecto a las Retribuciones, la cantidad total percibida en ambos puestos públicos no podrá superar la correspondiente en los Presupuestos Generales del Estado para el cargo de Director General. Y Tampoco podrá superarse el límite de la retribución principal incrementada en un 30 %. La superación de estos límites, en cómputo anual requerirá en cada caso de acuerdo expreso.
7. Si se existieren dudas sobre si el peticionario está o no al corriente del despacho de asuntos, la Comisión Permanente, podrá recabar del Servicio de Inspección un informe.
8. Las Salas de Gobierno deberán velar por el cumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo judicial. Pudiendo revocarse la autorización en cualquier momento si recayera sanción por falta grave o muy grave.

Posteriormente por Acuerdo del Pleno número 10 de 6 de marzo de 1991, se modificaba lo referido al informe del Servicio de Inspección, indicando en el punto siete antes enumerado, que había de ser preceptivo antes de resolver sobre cualquier solicitud de compatibilidad y se asumirán las conclusiones antes relacionadas.

También el Acuerdo del Pleno núm. 7 de 9 de octubre de 1991, aprobaba “el informe a emitir en relación a los criterios que han de sujetarse las concesiones de compatibilidad para el ejercicio de otras actividades legalmente permitidas a Jueces y

⁴⁹¹ Artículo 6 de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre.

⁴⁹² Estos documentos son; 1. Certificación o declaración sobre el horario y tiempo de dedicación que requiera la segunda actividad. 2. Certificación de haberes que se tengan acreditados en la carrera judicial. 3. Certificación de retribuciones o cantidades a percibir por otro concepto en el desempeño de la actividad pública a compatibilizar. 4. Informe del Presidente del TSJ o Audiencia respectiva.

Magistrados” (24 de septiembre de 1991), y aunque ratificaba lo dispuesto en el Acuerdo de 25 de septiembre de 1986, afectaba a varios puntos, modificándolos⁴⁹³.

Otro Acuerdo del pleno a considerar es el número 9 de 4 de julio de 2002 (tomaba conocimiento de las instrucciones y criterios aprobados por la Comisión Permanente de 20 de junio de 2002) que adicionada la necesidad de obtener la autorización de compatibilidad a los que se dediquen a preparar aspirantes a ingreso en la Carrera judicial.

Por otra parte, las Instrucciones y criterios en materia de compatibilidad docente aprobados por Acuerdo núm. 50 citado de la Comisión Permanente venía a completar los acuerdos hasta ahora aprobados por el Pleno⁴⁹⁴.

Entiende el Consejo General del Poder Judicial que la regla general ha de ser la de la concesión y la excepción la denegación, y así mismo también ha venido entendiendo que el cumplimiento de los deberes judiciales, encuentra su expresión material u objetiva en el cumplimiento de los módulos de trabajo establecidos por el mismo⁴⁹⁵.

⁴⁹³ Así señalaba respecto del informe que había de emitir el Presidente del Tribunal o Audiencia donde ejerce el solicitante, que había de precisar circunstancias como la distancia entre el juzgado y el punto donde debe desarrollarse la actividad docente, la obligación del juzgado servido por el solicitante de prestar servicio de guardia y con qué periodicidad, la existencia o no de alguna medida específica de apoyo o refuerzo, concesión a favor del juez solicitante de prórroga de jurisdicción, comisión de servicio o sustitución en otro juzgado, o cualquier otra circunstancia que pudiera interferir en el cumplimiento de la función jurisdiccional.

Por otro lado establecía que las situaciones de compatibilidad se debían revisar anualmente a efectos de comprobar que persistían las mismas circunstancias que dieron lugar a su concesión.

También respecto del Servicio de Inspección señalaba que éste debía remitir datos sobre la situación del órgano o de la Sala, que permitieran valorar en qué medida se cumplen estrictamente por el solicitante sus deberes, de tal manera que siempre que el órgano jurisdiccional se encontrase con un retraso considerable para cuya superación sea obstáculo la compatibilidad solicitada, se procediera a su denegación.

Y por último acordaba que la Comisión Permanente tendrá en cuenta los contenidos de los Convenios de Cooperación suscritos entre el Consejo General y las diferentes Universidades a la hora de aplicar los criterios establecidos en el punto 2º, cuando el solicitante se encuentra dentro del ámbito de aplicación del referido Convenio.

⁴⁹⁴ Esta Instrucción señalaba resumidamente que la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1992 (RJ 1993\1655) atribuía al Consejo General del Poder Judicial la potestad de reconocer o denegar la compatibilidad de conformidad con lo preceptuado en el art. 397 de la LOPJ y que ello no tiene naturaleza discrecional, sino que ha de conectarse con el art. 1.3 de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre, “que establece que las compatibilidades se concederán o denegarán según que puedan o no impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes de los funcionarios solicitantes de aquéllas, siendo un típico concepto jurídico indeterminado, en el que al contrario de la discrecionalidad, que implica una libertad de la Administración para elegir una entre varias soluciones igualmente justas, aquellos sólo admiten una única solución válida.”

En el supuesto del que se ocupa la Sentencia, el TS denegó la compatibilidad de la actividad docente solicitada por el recurrente, puesto que el solicitante pretendía realizar la actividad de las 9 a 10 de la mañana durante tres días a la semana. El fallo disponía que ello determinaría, una ausencia obligada del trabajo habitual durante un tiempo en que se debería encontrar realizando su función en el juzgado.

⁴⁹⁵ Los módulos de trabajo se han concebido con una doble función; de un lado, vienen a definir el volumen de asuntos o carga máxima que puede soportar un órgano judicial y en este sentido están llamados a determinar cual ha de ser la planta ideal. De otro lado, establecen cuál ha de ser la productividad que razonablemente es exigible de un Juez.

El Pleno ha venido entendiendo, por Acuerdo de 27 de marzo de 2000, que la aplicación del cumplimiento de los módulos había de distinguir en aras a la concesión de los módulos, entre un claro

El criterio general del CGPJ a través de los distintos Acuerdos, bien del Pleno (Acuerdos de 12 de enero de 2000, 20 de febrero de 2002 y 6 de marzo de 2002), o bien de la Comisión Permanente (Acuerdos de 21 de diciembre de 1999, 18 de enero de 2000, 11 de enero de 2000, 8 de febrero de 2000 y 17 de abril de 2004), ha sido que para autorizar la compatibilidad se han de cumplir los módulos, y si no se cumplieran, habrían de analizarse y examinarse las circunstancias concurrentes en cada caso concreto⁴⁹⁶. Para los órganos donde no exista módulo (en la actualidad en el Juzgado Central de Menores), se ha seguido el criterio de valorar la actividad resolutoria y el estado funcional del mismo⁴⁹⁷.

En cuanto a la concesión de compatibilidad para el cargo de Presidentes del Tribunal Superior de Justicia, hemos de decir que el cuadro estatutario de obligaciones profesionales que incumben a dichos cargos no es coincidente con el de los restantes magistrados, pues efectivamente aquéllos ostentan, junto a cometidos estrictamente jurisdiccionales, unas funciones de representación y gobierno que son exclusivas del cargo que ostentan, de lo que derivan dos consecuencias:

a) La primera es que la declaración de incompatibilidad, cuando ésta sea valorada en razón al posible compromiso de la imparcialidad o independencia jurisdiccional, deberá hacerse, pues, con el mismo criterio que se aplique a los restantes magistrados, ya que en ese punto no hay diferencia alguna entre éstos y el Presidente (La potestad jurisdiccional que todos ejercen dentro del ámbito de sus competencias es idéntica), y

b) La segunda es que el criterio podrá ser distinto cuando se trate de ponderar el posible menoscabo de la dedicación profesional que a cada uno atañe, al ser esta última diferente en uno y otro caso tanto en términos cuantitativos como cualitativos, pues a los Presidentes corresponde una labor de inspección y de informe en el ejercicio de sus funciones gubernativas, en relación a los demás magistrados, y su recto desempeño pudiera justificar tomar en consideración, no sólo los factores cuantitativos de la carga competencial y el tiempo necesario para atenderla, sino también otros datos relacionados con la necesidad de extremar las garantías de acierto, desinterés personal y objetivas en esas tareas gubernativas⁴⁹⁸.

cumplimiento, claro incumplimiento y ligero incumplimiento. Permitiéndose una ligera oscilación del módulo en un 10%.

⁴⁹⁶ Para supuestos en los que existía retraso o pendencia excesiva y no se cumplían los módulos de dedicación, el Pleno ha estimado que se daba “impedimento o menoscabo en el cumplimiento de los deberes judiciales o profesionales” y ha denegado la compatibilidad, así lo podemos ver en los Acuerdos de 27 de marzo y 5 de junio de 2000.

Por el contrario, se ha concedido la compatibilidad cuando no se ha alcanzado el módulo de entrada ni de productividad, y a la vez, el órgano se encontraba normalizado, sin pendencia significativa. (Acuerdos de la Comisión Permanente de 14 de marzo de 1999, 15 de febrero de 2000, 29 de febrero de 2000, y 7 de marzo de 2000).

⁴⁹⁷ Acuerdo de la Comisión Permanente número 33 de 6 de marzo de 2000, y número 57 de 15 de febrero de 2000.

⁴⁹⁸ Vid. STS Ca de 10 de diciembre de 2002 (RJ 2002\10731) y de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003\2403).

Para este asunto de la concesión de la Compatibilidad a los Presidentes de Tribunal Superior de Justicia ya se manifestó el Consejo General del Poder Judicial en el Acuerdo del Pleno de 27 de marzo de 2000, señalando que no ha de concedérseles la compatibilidad habida cuenta de que son los máximos representantes del poder judicial en el territorio de la Comunidad en la doble vertiente; jurisdiccional (art. 70 a 72 LOPJ), y gubernativa (art. 160 y 161 LOPJ), y ello exige una especial dedicación que no aconseja el ejercicio de actividades docentes, públicas y privadas. No obstante lo recogido en ese Acuerdo, hemos de señalar que existen sentencias del Tribunal Supremo posteriores que han sido favorables a la compatibilidad del ejercicio del cargo con la función docente (STS de 10 de diciembre de 2002 (RJ 2002\10731 y RJ 2002\10732) y dieciocho de diciembre del mismo año (RJ 2003\1230))⁴⁹⁹.

Hemos de distinguir varios supuestos:

En el supuesto de que la actividad docente tenga lugar en población distinta a aquella en la que se ejerce la actividad judicial principal, ha de distinguirse;

- Cuando se ha autorizado por el TSJ la residencia en el lugar donde se ha de desarrollar la actividad secundaria. En este caso hemos de considerar dispensado por la Sala de Gobierno en uso de sus facultades el deber de residencia.

- Por otro lado habríamos de diferencia si se trata de un órgano unipersonal con régimen de disponibilidad absoluta, si se trata de un órgano colegiado con varios magistrados, la distancia entre ambos puestos y el tiempo que media en el desplazamiento.

Si el órgano es unipersonal y único, la regla general es que no cabe autorización. Y asimismo quien realice funciones de guardia que impliquen permanencia en la sede del órgano, no podrán llevar a cabo actividades docentes cuyo horario se solape con el de guardia, y tampoco durante las horas de audiencia pública.

9.4.2. Requisitos para solicitar la compatibilidad.

- Requisitos formales.

La clasificación más clásica de estos requisitos los distingue en formales y materiales. Respecto de los primeros, los requisitos formales podemos señalar lo siguiente:

Se ha de solicitar y renovar anualmente la autorización de compatibilidad con carácter previo al inicio de la actividad, sin que se puedan desarrollar actividades ajenas a la función judicial sin obtener la previa declaración de compatibilidad. Las solicitudes habrán de realizarse al menos con un mes de antelación al inicio de la actividad para la

⁴⁹⁹ En estas Sentencias se estimaron sendos recursos interpuestos por los Presidentes de Tribunal Superior de Justicia, argumentando que de una interpretación conjunta de los artículos 389.5 de la LOPJ y 267 del Reglamento 1/95 de 7 de junio, “permite extraer como primera conclusión que la actividad docente, no está afectada por una incompatibilidad de carácter absoluto sino meramente relativa, y que la declaración de tal incompatibilidad sólo resultará jurídicamente justificada cuando consten concretas razones o circunstancias que demuestren que la simultaneidad del ejercicio docente puede como señala el art. 267 del Reglamento, impedir, o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes judiciales o comprometer la imparcialidad o independencia del Juez o Magistrado afectado”.

que se solicita (art. 269 y 280 RCJ). Siendo la comisión permanente quien autorice la compatibilidad (art. 131.6 de la LOPJ).

La petición que se habrá de realizar en el formulario aprobado (art. 270 RCJ) debe de acompañarse de;

- a. la certificación o declaración sobre el horario y tiempo de dedicación que requiera la segunda actividad.
- b. la certificación de haberes que se tengan acreditados en la carrera judicial.
- c. la certificación de retribuciones o cantidades a percibir por otro concepto en el desempeño de la actividad pública a compatibilizar.
- d. informe del Presidente del TSJ o Audiencia respectiva, que deberá valorar en qué medida puede influir su concesión en el cumplimiento de sus deberes aspectos como el lugar donde se ha de impartir la docencia, la prestación del servicio de guardia, la existencia de medidas de apoyo y o refuerzo, y la concesión a favor del juez solicitante de prórroga de jurisdicción, comisión de servicio o sustitución en otro juzgado, o cualquier otra circunstancia que pueda interferir en el cumplimiento de la función jurisdiccional.

En el caso de que se trate de una renovación de la autorización de compatibilidad, sólo será necesario aportar el informe del Presidente del TSJ o Audiencia respectiva, claro está, siempre que no hayan variado las circunstancias de su concesión (salvo la que se refiere a la retribución que se habrán modificado conforme a los aumentos anuales autorizados por los presupuestos generales del Estado).

La Comisión Permanente del CGPJ, antes de resolver sobre la autorización de compatibilidad, recabará del Servicio de Inspección un informe actualizado sobre la situación del órgano judicial servido por el solicitante (art. 273 RCJ). El informe, que se ajustará a lo acordado por la Comisión Permanente del CGPJ el 11 de enero de 2000, es un informe muy completo, por un lado en el mismo han de figurar los datos relativos a los módulos de entrada aprobados por el CGPJ y la entrada real de asuntos, los módulos de salida previstos y rendimiento real, diferencias y porcentajes en ambos supuestos, y asimismo habrá de reflejar la pendencia de asuntos y porcentaje de la misma respecto de la entrada de asuntos, y por otro lado contendrá;

- datos que permitan valorar cuál es la situación del juzgado y si el interesado viene cumpliendo sus deberes.
- el horario y dedicación y si se impide el ejercicio de actividades compatibles fuera de las 15 horas y la infracción del deber de residencia y asistencia
- Retribuciones y las limitaciones retributivas que señala la Ley 53/1984 de 26 de diciembre⁵⁰⁰.
- Prestación del servicio de guardia, debiendo valorarse aquellos supuestos en los que la guardia requiera mera disponibilidad, o asistencia y presencia en el juzgado.
- Medidas de apoyo o refuerzo, prórrogas, comisiones de servicios o sustituciones.
- Otras circunstancias que puedan interferir en el estricto cumplimiento de los deberes propios del juez (baja por enfermedad, maternales, por representación asociativa, etc.).

⁵⁰⁰ Es decir que la cantidad total percibida no supere la correspondiente al principal estimada en régimen de dedicación ordinaria incrementada en un 30% para el grupo A y para el B en un 35 %.

En el caso de los órganos colegiados, el informe se efectuará teniendo en cuenta exclusivamente la actividad desarrollada personalmente por el peticionario.

La Comisión Permanente valorará todos los datos e informes que obren en el expediente, y los cuales no son vinculantes, y si estima que no se han cumplido los requisitos dará trámite de audiencia al peticionario (conforme al art. 84 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), para que pueda realizar las alegaciones que el convenga y aportar los documentos y justificantes que estime oportunos, previniendo que en caso de que nada se aporte se resolverá sin más trámite.

Al ser una petición realizada en procedimientos administrativos, se entenderá que es desestimada una vez hayan transcurrido tres meses en el caso de las compatibilidades sin que haya dictado resolución expresa. Contra la denegación de incompatibilidad cabe interponer recurso de reposición en el plazo de un mes ante el Pleno del CGPJ y contra la decisión del Consejo Recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el plazo de dos meses, contados ambos plazos desde el día siguiente a su notificación.

En el supuesto de que se acuerde la compatibilidad, el control se llevará a cabo haciendo constar en el historial profesional del solicitante que obra en el Servicio de Inspección del CGPJ que tiene autorizada la compatibilidad, y de otro lado, sobre su actividad jurisdiccional y la situación del juzgado a través de las estadísticas, lo que podría conllevar que se revisase la autorización.

Es por todo lo referido que podemos concluir que en definitiva el informe realizado por el servicio de inspección ha de contener datos de hecho que permita valorar cuál es la situación del juzgado, que conforme al art. 273 y 270 del RCJ el informe habrá de completarse con un pronunciamiento acerca de las circunstancias establecidas en dicho preceptos, que el repetido informe es preceptivo en el procedimiento y no vincula al decisor, y que se han de consignar asimismo junto a los módulos alcanzados los exigidos por el Consejo (de entrada, salida, o dedicación, número de resoluciones exigidas y de asuntos que según el módulo deben ser resueltos).

- Requisitos materiales.

Por lo que se refiere a los requisitos materiales, hemos de señalar que la declaración de compatibilidad se supedita a la observancia de los deberes judiciales, así como los deberes de residencia y asistencia, imparcialidad e independencia.

Asimismo han de cumplirse los módulos de dedicación con una oscilación del 10% en los mismos. Y si el órgano no cumpliera los parámetros de entrada se atendería a la dependencia, estado del órgano y tiempo de resolución y tramitación de asuntos.

Y como hemos señalado anteriormente únicamente se autorizará la compatibilidad para actividades que se realicen a partir de las 15:00 horas, sin perjuicio del cumplimiento del servicio de guardia, en cuyo caso no podrá solaparse el horario docente con el previsto para la prestación del servicio de guardia, en aquellas poblaciones donde existe guardia de permanencia en horario de mañana y tarde.

9.4.3. Actividades exceptuadas de la solicitud de compatibilidad.

Las actividades a que se refiere el artículo 19 de la Ley 53/1984 podrán realizarse sin necesidad de autorización o reconocimiento de compatibilidad, siempre que concurren los requisitos establecidos para cada caso concreto. Por lo tanto dichas actividades quedan exceptuadas de la solicitud de compatibilidad⁵⁰¹ (art. 281 RCJ).

También se exceptúan de la solicitud de compatibilidad las actividades desarrolladas como Profesor-Tutor del los Centros Asociados de la UNED (art.276 RCJ), de acuerdo con lo dispuesto en el RD 2005/1986 de septiembre y siempre que no excedan de 75 horas al año. (Disposición Transitoria Segunda de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre).

Por otro lado nos encontramos con la preparación para el acceso a la función pública (art. 282 RCJ), esta actividad conlleva de forma implícita la prohibición de formar parte del órgano de selección de personal, y siempre y cuando no suponga una dedicación superior a 75 horas anuales, y no implique el incumplimiento del horario de trabajo quedará exceptuada del régimen de incompatibilidades. Ahora bien, ¿Cómo se pueden comprobar estos horarios?.

Por lo que se refiere a la participación en coloquios y programas en cualquier medio de comunicación social, La Ley dice que ha de ser ocasional, no especificando el precepto que debe entenderse por ocasional, ni cuantas veces la participación se entiende como esporádica.

Por lo que se refiere a la colaboración y asistencia profesional a congresos, seminarios, conferencias o cursos de carácter profesional, se ha considerado una actividad exceptuada de la solicitud de compatibilidad cuando la actividad no supera un

⁵⁰¹ Estas actividades, recordemos, se recogen en el artículo 19 de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre que señala que;

“Quedan exceptuadas del régimen de incompatibilidades de la presente Ley las actividades siguientes;

- a) Las derivadas de la administración del patrimonio personal o familiar, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la presente Ley.
- b) La dirección de seminarios o el dictado de cursos o conferencias en Centros oficiales destinados a la formación de funcionarios o profesorado, cuando no tengan carácter permanente o habitual ni supongan más de setenta y cinco horas al año, así como la preparación para el acceso a la función pública en los casos y forma que reglamentariamente se determine.
- c) La participación en Tribunales calificadoros de pruebas selectivas para ingreso en las Administraciones Públicas.
- d) La participación del personal docente en exámenes, pruebas o evaluaciones distintas de las que habitualmente les correspondan, en la forma reglamentariamente establecida.
- e) El ejercicio del cargo de Presidente, Vocal o miembro de Juntas rectoras de Mutualidades o Patronatos de Funcionarios, siempre que no sea retribuido.
- f) La producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como las publicaciones derivadas de aquéllas, siempre que no se originen como consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios.
- g) La participación ocasional en coloquios y programas en cualquier medio de comunicación social; y
- h) La colaboración y la asistencia ocasional a congresos, seminarios, conferencias o cursos de carácter profesional.”

número de horas⁵⁰², manteniéndose el mismo criterio de actividad exceptuada de la solicitud de compatibilidad cuando la misma se repite en el tiempo, como puede ser la participación en sucesivos años en la Escuela de Práctica Jurídica (acuerdo de la Comisión Permanente número 36 de de 12 de febrero de 2002).

El falseamiento de datos en la solicitud de obtención de permisos y autorizaciones, o declaraciones de compatibilidad, esta sometida a la correspondiente sanción recogida en el régimen disciplinario (art. 417.11 LOPJ).

9.4.4. Límites a la actividad docente de Jueces y Magistrados.

Ya hemos hecho referencia a este tema al abordar las incompatibilidades absolutas de jueces y magistrados. Y decíamos entonces que de las incompatibilidades de jueces y magistrados la recogida en el apartado quinto del mencionado art. 389 que señala que “el cargo de Juez o Magistrado es incompatible con todo empleo, cargo o profesión retribuida, salvo la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y las publicaciones derivadas de aquélla, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, merece especial atención.

Ya comentamos que la excepción no puede convertirse en un régimen obligado de concesión de dicha compatibilidad, y para ello aducíamos dos tipos de argumentos: por un lado la potestad reglamentaria del CGPJ sobre su personal en cuanto al régimen de incompatibilidades (art. 110.1.i) LOPJ), y por otro lado la regulación establecida en el art. 262 y ss del RCJ, que señalan que el ejercicio de cualquier actividad compatible no afectará a los deberes de residencia y de asistencia al lugar de trabajo, ni justificará “en modo alguno” el retraso en el trámite o resolución de los asuntos en cuanto al desempeño de las obligaciones propias del cargo (judicial), ni la negligencia o descuido, y, además, que se denegará cualquier petición de compatibilidad de una actividad cuando su ejercicio “pueda impedir o menoscabar” el estricto cumplimiento de los deberes judiciales (art. 266 y 267 RCJ). En definitiva esto no es otra cosa sino la aplicación de lo previsto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre sobre la materia en general⁵⁰³.

Como decimos, esta posibilidad que se establece para los Jueces y Magistrados de llevar a cabo actividades docentes, no se trata de una facultad sin limitación alguna, puesto que como señala PICÓ i JUNOY⁵⁰⁴ “Si bien resulta positivo que miembros de la Judicatura realicen tareas docentes universitarias, ello es algo que no puede efectuarse de forma ilimitada”.

⁵⁰² En el Acuerdo de la Comisión Permanente núm. 19 de 16 de mayo de 2000, se habla de 20 horas, quince horas en un Master de Derecho Tributario (Acuerdos núms. 30 y 31 de 23 de noviembre de 2001), dieciocho horas en la Escuela de Práctica Jurídica de CEU (Acuerdo de 8 de junio de 1999).

⁵⁰³ Tal y como ha venido interpretándose por una reiterada doctrina de este Tribunal Supremo. Vid. Sentencias de 31 de enero de 1992 (RJ 2002\2943), 26 de abril de 1996 (RJ 1996\5283) y 10 de diciembre de 2002 (RJ 2002\10731) a cuya legalidad también aluden el art. 263 del RCJ, y el Art. 389.5º de la LOPJ, vid. También STS 11 de febrero de 2003 (RJ 2003\1767).

⁵⁰⁴ PICÓ i JUNOY, J., *Límites a la actividad docente de jueces y magistrados (Estudio del art. 389.5º LOPJ)*. Poder Judicial, nº 38, 1995, págs 241.

En primer lugar hemos de señalar que se necesitará, al margen de los supuestos a los que nos hemos referido en el punto anterior, la correspondiente petición de compatibilidad, que será autorizada por el Consejo General del Poder Judicial previo informe del Presidente del Tribunal o Audiencia respectiva (Art. 397 de la LOPJ)⁵⁰⁵. La LOPJ no prevé el carácter vinculante de este informe, por lo que *ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*.

La decisión adoptada por la Comisión Permanente del CGPJ podrá impugnarse mediante recurso ordinario ante el Pleno del Consejo General (art. 143.1 LOPJ)⁵⁰⁶, y una vez se resolviera este recurso quedaría libre la vía de reclamación contencioso-administrativa ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo⁵⁰⁷.

No se trata de una facultad discrecional del CGPJ, puesto que como señala el TS, hay que conectar este artículo 397 de la LOPJ con lo referido en el art 1.3 de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre (que recordemos que otorga la posibilidad de que se ejerza una segunda actividad siempre que no se impida o menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes o se comprometa la imparcialidad o independencia), y de esta manera como dice nuestro más alto Tribunal “nos encontramos ante un típico concepto jurídico indeterminado que a diferencia de la discrecionalidad para elegir entre varias soluciones igualmente justas, éstos solamente admiten una única solución justa. Han de analizarse por lo tanto en cada caso concreto, las circunstancias para averiguar, si se impide o menoscaba el cumplimiento de los deberes profesionales del que solicita la compatibilidad docente”⁵⁰⁸, teniendo en cuenta que como dice GARCÍA DE

⁵⁰⁵ El artículo 397 de la LOPJ, fue declarado constitucional por la STS de 28 de octubre de 1987 (RJ 1988\10203), la cual en su fundamento jurídico tercero afirma; “El artículo 397 de la Ley Orgánica del Poder Judicial somete el desarrollo de las actividades compatibles al control preventivo del Consejo a través de un sistema de autorizaciones (...). Así las cosas, creado por la Constitución el Consejo General del Poder Judicial, como órgano de gobierno para garantizar la independencia de los miembros de dicho Poder, el control previo ejercido por aquél sobre el desarrollo de una segunda actividad del juez o magistrado no implica un desconocimiento de la dignidad de la persona: se trata de una manifestación, perfectamente explicable desde los principios del Derecho Administrativo, de la supremacía especial del Consejo respecto de unos jueces o magistrados en posición de sujeción especial en el ámbito jurídico-administrativo, que no en el jurisdiccional en el que su independencia respecto del Consejo ya se ha subrayado”.

⁵⁰⁶ Hemos de tener en cuenta que si bien el artículo 143.1 in fine de la LOPJ hace referencia al “recurso de alzada”, ello debe adecuarse al nuevo marco legal que introdujo la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, que como sabemos sustituyó el recurso de alzada por el denominado recurso ordinario (arts. 114 a 117 de dicha Ley).

⁵⁰⁷ Cuya competencia viene fijada en el artículo 58.1º LOPJ.

⁵⁰⁸ En la Sentencia de 28 de octubre de 1987, (F.Jco. 6º) (RJ 1988\10203) el Tribunal Supremo se plantea si la docencia de un magistrado del entonces Tribunal Central de Trabajo, en la Universidad de Deusto, que le ocupaba cuatro horas todos los sábados, significaba un impedimento o menoscabo para el cumplimiento de sus deberes judiciales. Concluyendo que no suponía tal menoscabo, tras indicar que las distancias entre Madrid y Bilbao, medidas en tiempo y no en Kilómetros son de poca importancia, por lo que procedió a anular el Acuerdo del CGPJ y declaró la procedencia de la autorización para que el recurrente desarrollará dicha actividad docente.

Por su parte las STS de 23 de junio de 1988 (F.Jco 1º) (RJ 1990\1383), de 14 de junio de 1988 (F.Jco. 6º) (RJ 1990\1380) y de 23 de abril de 1988 (F.Jco. 5º) (RJ 1990\1355) abordan la misma

ENTERRIA, que “siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar sin esfuerzo alguno tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite”⁵⁰⁹.

Quien acceda a la Carrera Judicial desde una Cátedra o como profesor Titular, como los que ejerciendo cualquier empleo, cargo o profesión de los expresados en el art. 389 de la LOPJ, y fueran nombrados Jueces o Magistrados, habrán de optar en el plazo de ocho días, por uno u otro cargo o cesar en el ejercicio de la actividad incompatible (art. 390 de la LOPJ). El art. 4.1 de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre sólo permite la compatibilidad en régimen de profesor asociado, y como señala la sentencia que comentamos anteriormente (STS de 26 de abril de 1996, RJ 1996\5283), la dedicación no ha de ser superior a la de tiempo parcial y con duración determinada.

PICÓ I JUNOY distingue limitaciones de tipo temporal⁵¹⁰, pues entiende que la autorización para la compatibilidad de actividades tiene ese carácter y por lo tanto no se otorgan con carácter ilimitado⁵¹¹, y como señala nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de octubre de 1987, fundamento jurídico 5º (RJ 1988\10203) “Es claro que la declaración de compatibilidad de la docencia se refiere a una actividad duradera y en tal sentido el Consejo, sí, queda vinculado por la autorización otorgada, pero siempre con la potestad de velar por la subsistencia de sus hechos determinantes”. Asimismo hay que tener en cuenta respecto de estas limitaciones temporales, que ese ejercicio habrá de realizarse a partir de las 15 horas.

Otras limitaciones que también señala PICO i JUNOY⁵¹², son de tipo territorial y de tipo coyuntural al ejercicio de la actividad docente. Por lo que respecta a las limitaciones territoriales, no pueden efectuarse tareas en poblaciones muy distantes de

cuestión, determinando la imposibilidad de compatibilizar el ejercicio de la función pública judicial como Juez o Magistrado con el puesto docente de Profesor Titular o Catedrático de la Universidad, sólo cabe el desempeño de un puesto de trabajo en la esfera docente como profesor universitario asociado en régimen de dedicación no superior a la de tiempo parcial y con duración determinada.

En la STS de 30 de junio de 1988 (RJ 1990\1386) nos encontramos con un supuesto equivalente a de la STS de 28 de octubre de 1987 (RJ 1988\10203), y aquí también el TS anula el Acuerdo del CGPJ, y por lo tanto autoriza al recurrente a compatibilizar su actividad judicial con la docente, habida cuenta que la docencia que iba a desarrollar el mismo los sábados de 9 a 14 horas no menoscaba la función judicial del Magistrado, y asimismo la distancia entre Madrid y Pamplona, puesto que las clases eran en la Universidad de Navarra, no eran relevantes.

Otras Sentencias del TS sobre la materia son las de 26 de abril de 1996 (RJ 1996\5283), 6 de noviembre de 1992 (RJ 1993\1655), 18 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8013).

⁵⁰⁹ GARCIA DE ENTERRIA, E., en GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, T.R.; *Curso de Derecho Administrativo, T.I.*, 6ª ed., Civitas, Madrid 1993, pág. 445.

⁵¹⁰ PICÓ I JUNOY, J., “*Límites a la actividad docente de Jueces y Magistrados...*” op. cit. págs. 243-244.

⁵¹¹ En este sentido podemos ver el Acuerdo del CGPJ de 25 de septiembre de 1986 que determina que “Las autorizaciones de compatibilidad expresarán (...) que las mismas quedan condicionadas al estricto cumplimiento de los deberes inherentes al desempeño de ambos puestos de trabajo, incumbiendo a las Salas de Gobierno velar por el cumplimiento de este extremo en lo concerniente al cargo judicial (...)”.

⁵¹² PICO Y JUNOY, “*Límites a la actividad docente de Jueces y Magistrados...*” op. cit págs 245 y ss.

aquella donde desarrolla su actividad principal y de acuerdo con las limitaciones coyunturales, hemos de tener en cuenta las circunstancias concurrentes en el órgano judicial tales como asuntos pendientes, si el juzgado está de guardia, o si el titular lleva a cabo un refuerzo, entre otras circunstancias⁵¹³. Y es que no se ha de desconocer el deber de residencia de los jueces y magistrados en la población donde tenga su sede el juzgado o tribunal que sirvan, sin posibilidad de ausentarse de la circunscripción en que ejerzan sus funciones, excepto cuando lo exija el cumplimiento de sus deberes judiciales o usen de licencia o permiso.

Por lo que se refiere a los Magistrados del Tribunal Supremo, ya hemos señalado anteriormente que la reforma operada en virtud de la Ley Orgánica 5/1997 de 4 de diciembre les otorga un nuevo estatuto, debiendo tenerse por lo tanto en cuenta que el apartado 3 del artículo 350, que establecía un régimen especial de incompatibilidades de los magistrados del Tribunal Supremo⁵¹⁴ ha sido suprimido por la LO 19/2003, quedando ahora sometidos estos Magistrados al régimen general de incompatibilidades, en la medida que resulte adecuado a su estatuto especial.

Se trata, como dijimos, la Magistratura del TS de una Magistratura en ejercicio, y por lo tanto tienen que prestar efectivo servicio, no conservando la categoría si pasan a la situación de excedencia voluntaria o forzosa, y siendo los servicios especiales Tasados (Magistrado de Tribunal Constitucional o de Altos Tribunales de Justicia Internacionales y Vocal del Consejo General del Poder Judicial. Fiscal General del Estado y Jefe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial)⁵¹⁵. Asimismo y como ya hemos referido anteriormente en otra parte de este trabajo, tienen un régimen riguroso de incompatibilidades y por ende mayores retribuciones que se equiparan a los órganos constitucionales.

El régimen de incompatibilidades que les afecta sólo les permite ser Presidente de Tribunales de oposiciones a ingreso en la Carrera Judicial, y miembro de la Junta Electoral Central, por el contrario les impide desempeñar actividades docentes públicas o privadas de forma regular.

También ha tenido el Tribunal Supremo oportunidad de valorar estas incompatibilidades de los Magistrados del Tribunal Supremo, y así encontramos resoluciones como las STS de 30 de junio de 1988 (RJ 1990\1386), o la 28 de octubre de 1987 (RJ 1988\10203) que admiten la compatibilidad para los Altos Magistrados de ejercer la docencia en determinados supuestos, y por el contrario, posteriormente a la reforma del estatuto de los Magistrados del TS, tenemos las STS de dicho Tribunal de

⁵¹³ Sobre estas limitaciones podemos ver las STS de 23 de abril de 1988 (RJ 1990\1355), de 14 de junio de 1988 (RJ 1990\1380), 30 de junio de 1988 (RJ 1990\1386), seis de noviembre de 1992 (RJ 1993\1655), 18 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8013), y también los Acuerdos del Consejo de 3 de mayo de 1989, 21 de febrero de 1990, de 9 de enero de 1996, y de la Comisión Permanente del Consejo de 21 de diciembre de 1999 entre otros.

⁵¹⁴ El derogado apartado tercero del art. 350 de la LOPJ señalaba que “Los Magistrados del Tribunal Supremo sólo podrán desempeñar fuera del mismo las funciones de Presidente de Tribunales de oposiciones a ingreso en la Carrera Judicial, de miembros de la Junta Electoral Central, de Presidente de la Mutualidad General Judicial y de miembro del órgano o Ente del Ministerio de Justicia destinado a la información y renovación tecnológica de la Administración de Justicia”.

⁵¹⁵ Art. 348 bis LOPJ.

20 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9619) por la que se denegó el ejercicio de la docencia privada consistente en impartir dos horas semanales un curso de doctorado, o la de 31 de enero de 2002 (RJ 202\2943) que denegó la compatibilidad a un Magistrado de este Tribunal para el ejercicio de la docencia esporádica y no retribuida como profesor honorario de la Universidad Autónoma de Madrid.

9.5. Prohibiciones de Jueces y Magistrados.

Los artículos 395 y 396 de la LOPJ determinan distintas prohibiciones dirigidas a los jueces y magistrados, que al igual que las incompatibilidades persiguen la imparcialidad del juzgador en el ejercicio de la función que tienen encomendada.

A algunas ya nos hemos referido anteriormente al hablar de la independencia ad-intra, y de otras nos ocuparemos también en la segunda parte de este trabajo, no obstante es conveniente que hagamos la siguiente reflexión.

En primer lugar hemos de tratar lo que podemos denominar una ampliación, por parte de la LOPJ, de la prohibición constitucional del art. 127.1 de la CE de pertenecer a partidos políticos o sindicatos e impide (en el primer inciso del art. 395 LOPJ) a los Jueces y Magistrados pertenecer a partidos políticos o sindicatos o tener empleo al servicio de los mismos⁵¹⁶ (Arts. 127.1 CE, 1º 4 Ley Orgánica de Libertad Sindical), constituyendo la afiliación a un partido político o sindicato, o el desempeño de empleo o cargo a su servicio, falta muy grave (art. 417.2 LOPJ)⁵¹⁷.

Por otro lado en el ordinal 1º de dicho art. 395, se prohíbe expresamente a los Jueces y Magistrados “Dirigir a los poderes, autoridades y funcionarios públicos o corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos, ni concurrir, en su calidad de miembros del Poder Judicial, a cualesquiera actos o reuniones públicas que no tengan carácter judicial, excepto aquellas que tengan por objeto cumplimentar al Rey o para las que hubieren sido convocados o autorizados a asistir por el CGPJ. Y por último se les prohíbe también “Tomar en las elecciones legislativas o locales más parte que la de emitir su voto personal. Esto no obstante, ejercerán las funciones y cumplimentarán los deberes inherentes a sus cargos” (art. 395.2º; Vid. art. 356 f) LOPJ).

En definitiva, dimanante de la independencia judicial lo que se configura es un deber de no injerencia y neutralidad, en virtud del cual no pueden los Jueces y Magistrados dirigirse a otros Jueces y Magistrados a través de órdenes o presiones de cualquier clase⁵¹⁸, ni tampoco realizar recomendaciones⁵¹⁹, este hecho ya lo

⁵¹⁶ El art. 127.1 de la CE señala que “Los Jueces y Magistrados así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La Ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales”.

Por su parte el art. 1.4º de la LOLS señala que “De acuerdo con lo dispuesto en el art. 127.1 de la Constitución, los Jueces, Magistrados y Fiscales, no podrán pertenecer a sindicato alguno mientras se hallen en activo”.

⁵¹⁷ Vid en la segunda parte del trabajo el reconocimiento del derecho de libre asociación profesional de Jueces y magistrados.

⁵¹⁸ Dichos hechos constituirían conforme al art. 417.4 de la LOPJ, una falta muy grave.

⁵¹⁹ Lo que sería constituyente de falta grave, art. 418.2 LOPJ.

comentamos anteriormente. Asimismo si los Jueces y Magistrados llevaran a cabo la corrección de la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico realizada por los Jueces y Magistrados inferiores en el orden jurisdiccional, y dicha corrección no la llevaran a cabo a través de los recursos establecidos en las leyes procesales, sería también un injerencia⁵²⁰. En definitiva de lo que se trata es de articular una independencia ad-intra, de los integrantes del Poder Judicial respecto de otros integrantes del Poder Judicial. Por otro lado hemos de decir que de los Jueces y Tribunales se predica el deber de neutralidad respecto de otros poderes, autoridades, funcionarios públicos o corporaciones oficiales.

Existe incumplimiento de este deber de neutralidad⁵²¹ si se dirigen felicitaciones o censuras a los mencionados destinatarios, por los actos que realicen, indicando su condición de Juez o sirviéndose de la misma. No estamos aquí ante una limitación excesiva de la libertad de expresión de los Jueces y Magistrados, ni ante una limitación que carezca de fundamento⁵²². Y es que hemos de tener en cuenta que el afectado por la censura o felicitación, puede verse a su vez afectado directa o indirectamente por un proceso que se siga en el órgano judicial servido por el Juez o Magistrado en cuestión.

Y asimismo no hemos de olvidar que la independencia de la que gozan constitucionalmente Jueces y Magistrados no es un derecho o beneficio propio de los mismos sino que se trata de una independencia otorgada en interés exclusivo de los ciudadanos es garantía de la función y por lo tanto esa independencia se puede ver comprometida cuando un Juez, con expresión de su condición o prevaliéndose de ella, realiza los actos de censura o felicitación a los que nos referimos. Es por ello que se buscan en Jueces y Magistrados un equilibrio, un distanciamiento del debate público, y se pretende la abstención de estos comportamiento que se entiende refuerzan la independencia judicial, y que por ello son protegidos a través de la vía disciplinaria.

En la esfera privada del Juez, en la que no tiene presencia su cargo o función judicial, como es lógico los Jueces y Magistrados conservan su libertad de expresión y opinión.

⁵²⁰ Calificable de falta grave a tenor de lo dispuesto en el art. 418.4 LOPJ.

⁵²¹ El cual constituiría falta grave conforme al art. 418.3 LOPJ.

⁵²² Sobre este tema son muy esclarecedoras las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1999 (Recurso 617/1998) (RJ 1999\6916), y la Sentencia del Tribunal Constitucional 270/1994 (RTC 1994\270). Respecto de la Sentencia del Tribunal Supremo, el mismo indica que “la libertad de expresión, consagrada en el artículo 20.1.a) de la Constitución, llamada también libertad de opinión, de pensamiento o ideológica, tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio en el que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor y que esa libertad ampara la crítica del comportamiento de quien ostenta un cargo público, incluso la molesta, acerba o hiriente, pero quien la ejerce no puede olvidar que dicha libertad, como los demás derechos y libertades fundamentales no es absoluta”, asimismo la misma sentencia señala que “el Tribunal Constitucional también ha declarado que hay sectores o grupos de ciudadanos sometidos a límites más estrictos o específicos en cuanto al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, por razón de la función que desempeñan. Y ha recordado que en esa misma línea ya se había manifestado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia del Tribunal Constitucional 270/1994) (RTC 1994\270)”

Por último el art. 396 señala que “Los jueces y magistrados no podrán revelar los hechos o noticias referentes a personas físicas o jurídicas de los que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones”. Conforma este precepto un deber de guardar el secreto que también abordaremos en la segunda parte del trabajo, no obstante dejemos dicho aquí que el apartado 12 del artículo 417 de la LOPJ reputa como falta muy grave “La revelación por el Juez o Magistrado de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de éste, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona”, y si no constituyere falta grave, por no causar perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona, esta infracción del deber de secreto a tenor de lo dispuesto en el art. 418.8 de la LOPJ, se reputaría falta grave.

Existen unos procedimientos recogidos en las leyes y reglamentos que son los cauces legítimos y adecuados para dar publicidad a las actuaciones judiciales o para tener acceso a los archivos y registros judiciales, por lo que Jueces y Magistrados han de respetar dichos procedimientos si no quieren incurrir en la infracción del deber de secreto.

A pesar de los derechos a la libertad de expresión y de libre información que reconoce el art. 20 de la CE y aparte la razón de eficacia investigadora a que puede responder el secreto sumarial, el legislador tiene en cuenta las especiales potestades que tienen los jueces y magistrados de acceder a la intimidad de las personas, para establecer también especiales cautelas que eviten abusos contra el derecho a la intimidad reconocido en el art. 18 CE; y por eso llama la atención sobre el deber negativo de sigilo.

10. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL ANTE INTROMISIONES EXTERNAS O INTERNAS.

Señala GONZALEZ GRANDA⁵²³ que el problema de la independencia judicial no estriba tanto en su existencia como en su efectividad de tal manera que su problemática se refiere más bien al funcionamiento de sus garantías y límites. Ya hemos señalado con anterioridad que el artículo 12 de la LOPJ trata de proteger la independencia del Juez o Magistrado de cualquier tipo de influencia, directa o indirecta, de los órganos del gobierno del poder judicial, incluido, naturalmente, el Consejo General del Poder Judicial, así como de los órganos judiciales superiores, los cuales sólo a través de los recursos pueden corregir la aplicación e interpretación de la ley que hagan los Jueces y Magistrados en los asuntos de que conozcan. Por otra parte, el artículo 13 de la LOPJ protege la independencia de Jueces y Magistrados de manera general, en la que se pueden incluir tanto las presiones, directas o veladas, e incluso órdenes de otros órganos o poderes del Estado así como de particulares (se trata de una norma muy genérica que, a diferencia del artículo 12 no previene los posibles medios de ataque a la independencia). Y por último los artículos 14 a 18 del mismo cuerpo legal contienen una serie de normas que tratan de concretar los mecanismos de garantía y protección (artículo 14) así como las manifestaciones y efectos de esa independencia (artículo 17 y 18), junto a la responsabilidad judicial (artículo 16) como la otra cara de la independencia judicial, y la inamovilidad como la primera garantía estatutaria de la independencia (Artículo 15).

Opina CARRETERO SÁNCHEZ⁵²⁴, tras plantearse si se puede afirmar con rotundidad que la independencia judicial está garantizada en España, que las leyes españolas (en el momento de su trabajo, año 1999), garantizan la completa independencia del Poder Judicial desde el punto de vista formal como nunca ha sucedido en otras etapas de nuestra historia. Y por ello este autor manifiesta que los Jueces gozan hoy en España de una independencia total frente a los poderes públicos y frente a los ciudadanos, por muy poderoso que sean, y sólo responden ante la ley.

No podemos estar nosotros de acuerdo con esta afirmación tan taxativa, y por lo tanto hemos de mantener nuestras reservas habida cuenta de los posibles ataques a la independencia judicial que se pueden dar y que de hecho se dan como la realidad ha demostrado en los últimos años.

En este sentido, como dice Díez-Picazo Giménez⁵²⁵, “todos hemos de estar de acuerdo en que la cuestión sobre la independencia judicial no estriba en su existencia, sino en su efectividad.....de modo que aun siendo el contenido de la independencia la soberanía de todo Juez o Magistrado en el ejercicio de su función, el problema real es el del funcionamiento de las garantías y límites de dicha independencia”. Materialmente, sin embargo la independencia depende de un conjunto de diversas

⁵²³ GONZALEZ GRANDA, P. *La imparcialidad del Juez y el control de su actividad*, Op. Cit. pág. 30.

⁵²⁴ CARRETERO SÁNCHEZ, A., “*La independencia judicial en España al final del Siglo XX*”, *La Ley*, 4776, 16 de abril de 1999, pág. 1928-1933.

⁵²⁵ Díez-Picazo Giménez, I.; *Responsabilidad disciplinaria e independencia judicial* (comentario a la STC 110/1990 de 18 de junio RTC 1990\110), Poder Judicial nº 22, pág. 137.

garantías, así como de la fuerza y limitaciones establecidas para las mismas⁵²⁶, siendo la responsabilidad de los Jueces el elemento central pues atendiendo a la configuración y conformación de la responsabilidad judicial se podría obtener una mayor efectividad en la independencia real⁵²⁷. Tengamos en cuenta que la conciliación de los principios de independencia y responsabilidad es ciertamente imposible si se considera que son categorías absolutas: un juez absolutamente independiente habría, por eso mismo de ser irresponsable, y asimismo un Juez absolutamente responsable que hubiera de rendir cuentas a una instancia superior de todos los aspectos de su actividad dependería por entero de dicha instancia⁵²⁸. Es por ello que sólo cuando la independencia judicial se une inseparablemente a un correcto sistema de responsabilidades, el ordenamiento jurídico alcanza en este sentido el indispensable equilibrio⁵²⁹.

Por otro lado nos recuerda RODRIGUEZ PADRÓN⁵³⁰, como uno de los postulados, insistentes, emblemáticos y principales de la LOPJ es la Independencia judicial, señalando que a partir del art. 12 de la LOPJ “se reitera esta independencia en una doble vertiente: externa (frente a “Todos” como señala el artículo 13), e interna, respecto de los otros órganos judiciales y también del Gobierno del Poder Judicial”, pero continua diciendo que “claro que no basta con este reconocimiento, y en ello reside la novedad de esta Ley Orgánica. A título individual todos los integrantes de la Carrera Judicial pueden ser independientes; lo son. Pero la ley llega más allá, al haber previsto un mecanismo para la protección de esta independencia, encomendando a un órgano distinto del directamente afectado, su defensa”, y ese mecanismo al que se refiere no es otro que el contemplado en el art. 14 de la LOPJ, del que nos ocuparemos más adelante.

Ya hemos señalado como el artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que declara que “todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados”, constituye sin duda una respuesta jurídica muy vaga a la tutela de la independencia del juez. No obstante hemos de decir que aparte del sistema procesal de abstención y recusación (que no constituye una garantía del órgano jurisdiccional sino de las partes, en orden a proteger y asegurar la imparcialidad⁵³¹), resulta destacable la cláusula de cierre contenida en el art. 13 de la LOPJ, habida cuenta que se trata de una declaración nueva en nuestro ordenamiento, referida a entidad cualquiera de todo orden y a los particulares⁵³², que para que no quede en declaración retórica, su incumplimiento

⁵²⁶ Cfr. MONTERO AROCA (con ORTELLS RAMOS Y GOMEZ COLOMER) *Derecho Jurisdiccional*, Barcelona, 1989, Vol. I, págs. 120 y ss.

⁵²⁷ Vid. En este sentido DIEZ-PICAZO GIMENEZ, L. M., “*El régimen constitucional del Poder Judicial*”, Op. Cit. págs. 102 y ss.

⁵²⁸ VIVES ANTON, T.S., *La responsabilidad del Juez en el Proyecto de LOPJ*, Documentación Jurídica números 45/46, enero-junio, pág. 339-340.

⁵²⁹ Vid. RUIZ VADILLO, E., *Responsabilidad de Jueces y Magistrados: Civil, penal y disciplinaria*, Poder Judicial número especial V.

⁵³⁰ RODRIGUEZ PADRÓN, C., “*La Conformación del Poder Judicial*”, Op.cit. pág. 99.

⁵³¹ Cfr. PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L., *Derecho de Tribunales (organización, funcionamiento y gobierno)*, Op. Cit. pág. 271.

⁵³² En lo que se refiere a la tramitación parlamentaria del precepto, tenemos que destacar que la fórmula inicial del Proyecto de Gobierno era la siguiente “Los poderes públicos, partidos políticos, sindicatos,

debe conducir a la aplicación del tipo penal, se desprende de lo dispuesto en el art. 14 LOPJ⁵³³.

En los artículos siguientes de la LOPJ lo que se pretende es concretar los mecanismos de garantía y protección a la independencia judicial (artículo 14)⁵³⁴, así como las manifestaciones y efectos de esa independencia (art. 17 y 18)⁵³⁵, la responsabilidad judicial como la otra garantía de la independencia judicial (artículo 16)⁵³⁶, y la inamovilidad como la primera garantía estatutaria de la independencia (artículo 15)⁵³⁷.

10.1. Prohibiciones del art. 12 de la LOPJ.

Es el art. 12 de la LOPJ el que concreta la vertiente ad-intra de la independencia judicial. Cuando un Juez esta conociendo de un determinado objeto procesal, es absolutamente independiente, no sólo de las partes, sino también de sus superiores, quienes no pueden hacerle ninguna indicación de cómo actuar para resolver el asunto. Mientras el funcionario actúa de acuerdo con el principio de jerarquía (art. 103.1 CE), el Juez, al aplicar la Ley, no tiene superiores. Ejercitando la potestad jurisdiccional, no hay superior ni inferior, no hay jerarquía. Cada Juez o Tribunal tiene su competencia y dentro de ella ejerce la potestad sólo vinculado a la ley⁵³⁸.

asociaciones, entidades públicas y privadas y los particulares...”; pero prosperó la enmienda que propuso la sustitución por la expresión omnicompreensiva “todos”, y la supresión, por inútil, del precepto.

⁵³³ Vid. artículos del Código Penal, 504, 508, 529, 558, en relación a los ataques a la independencia judicial.

⁵³⁴ Art. 14 LOPJ “1. Los Jueces y magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo podrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando cuenta de los hechos al Juez, o tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismo las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico.

2. El Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquéllos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial.” Vid. también art. 3, número 2 del EOMF.

⁵³⁵ Artículo 17 LOPJ “1. Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley.

2. Las Administraciones Públicas, las autoridades y funcionarios, las corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares respetarán, y en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes”.

Art. 18.1 LOPJ “Las resoluciones judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes”.

⁵³⁶ Art. 16 LOPJ “1. Los jueces y magistrados responderán penal y civilmente en los casos y en la forma determinada en las leyes, y disciplinariamente de conformidad con lo establecido en esta Ley.

2. Se prohíben los Tribunales de Honor en la Administración de Justicia.”

⁵³⁷ Art. 15 LOPJ. “Los Jueces y magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en esta Ley”.

⁵³⁸ Vid, GONZALEZ GRANDA, P. *Independencia del Juez y control de su actividad*, Op. Cit., pág. 87.

Por ello el art. 12 de la LOPJ declara en su apartado primero que “en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial”, y por lo tanto no existe entre los órganos judiciales en el ejercicio de la función que tienen encomendada situación de dependencia y/o sumisión jerárquica, es decir, como dice LOPEZ Y LOPEZ⁵³⁹ “la no jerarquización de jueces y tribunales se convierte en una garantía de la imparcialidad del juicio....., en una suerte de independencia ad-intra”.

Continúa el art. 12 de la LOPJ indicando la siguiente prohibición en el apartado dos, “no podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan”⁵⁴⁰, y esto no quita, para que como dice MORENO CATENA⁵⁴¹, los Presidentes de los Tribunales y las Salas de Gobierno puedan dirigir a los órganos inferiores de su circunscripción las prevenciones gubernativas que estimen oportunas para el mejor funcionamiento de éstos. Y es que en relación a lo dispuesto en este artículo 12 de la LOPJ, hemos de tener en cuenta los artículos 162 de la LOPJ⁵⁴² y 4 r, 55 y 57 d) del ROGT por los que se faculta a los Presidentes de Tribunales, Audiencias y Salas de

⁵³⁹ LOPEZ Y LOPEZ, A.M.; “*Independencia, imparcialidad, objetividad del juez*”, en el libro homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario “Problemas Actuales de la Justicia”, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1988., pág. 218.

⁵⁴⁰ La organización jerárquica debe considerarse que es exclusivamente funcional al sistema de la jerarquía de las impugnaciones y no debe confundirse con el principio de subordinación, que significaría que el Juez no goza de una esfera competencial propia para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, al actuar por delegación del órgano superior.

Sobre el tema de la independencia, jerarquía y función judicial vid. CALAMANDREI, P., *Proceso y Democracia*, traducción Zamudio, Buenos Aires, 1960, pág. 98-102; también MENDENEZ PIDAL, F., *Derecho Judicial español (organización de los Tribunales)*, Madrid, 1936 pág 168 y siguientes; DEL BARCO, Compendio de Derecho Judicial. Organización de Tribunales. Madrid 1962, pag. 77-78; ANDRES IBAÑEZ-MOVILLA ALVAREZ, *El Poder Judicial*, Op. Cit., pág. 99 (Una situación ambigua: Independencia y jerarquía); TOMAS Y VALIENTE, F., *Poder Judicial y Tribunal Constitucional*, Op.Cit., pág. 19; MOVILLA ALVAREZ, C., *Responsabilidad del Juez*, Op. Cit. Pág. 160.

⁵⁴¹ MORENO CATENA, V., y CORTES DOMINGUEZ V., *Introducción al Derecho Procesal*, Op. Cit., pág. 147.

⁵⁴² Art. 162 LOPJ “Podrán los Presidentes del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias y, en su caso, las Salas de Gobierno, por conducto de aquéllos, dirigir a los juzgados y tribunales a ellos inferiores, que estén comprendidos en su respectiva circunscripción, dentro del ámbito de sus competencias gubernativas, las prevenciones que estimen oportunas para el mejor funcionamiento de los juzgados y tribunales, dando cuenta sin dilación al Tribunal Supremo, en su caso, y directamente al Consejo General del Poder Judicial”.

El precedente inmediato de este precepto es el art. 5 LOPJ de 1870, cuyas disposiciones se relacionaban con la disposición prohibitiva de su art. 4, hoy transcrito en los apartados 2 y 3 del art. 12 de la LOPJ. Efectivamente, la prohibición de dictar disposiciones de carácter general sobre la aplicación o interpretación del Derecho nada tiene que ver con las prevenciones o instrucciones para el mejor funcionamiento de la Administración de Justicia, y de ahí que se recojan acertadamente en preceptos distintos de la nueva Ley, pues tales prevenciones no son sino una forma de impartir criterios o pautas de actuación gubernativa. En la norma derogada, debía darse cuenta de las prevenciones al Tribunal inmediatamente superior, mientras hoy corresponde darla al Tribunal Supremo, también se informaba al Ministerio de Justicia en la antigua norma, mientras hoy el informe ha de prestarse al CGPJ.

Gobierno a dirigir a los Juzgados y Tribunales que estén comprendidos en su respectiva circunscripción, las prevenciones que estimen oportunas para el mejor funcionamiento de los Juzgados y Tribunales⁵⁴³.

Estas disposiciones de los citados órganos gubernativos pueden suponer en opinión de VALENCIA MIRÓN⁵⁴⁴, una injerencia en la independencia judicial de Jueces y Magistrados, el cual también estima “*que puede haber (o hay) puesta en peligro de la independencia de Jueces y Magistrados*” en las situaciones que se contemplan en los artículos 170.1 y 264 de la LOPJ⁵⁴⁵, en las que las intrusiones o intromisiones se derivarían de un acuerdo colectivo obtenido en Junta de Jueces o en reunión de los Magistrados de la Sala.

En relación a los acuerdos de las Juntas de Jueces, el ROGT, distingue dos clases; por un lado los que tratan de “unificar criterios en cuestiones jurídicas comunes o generales, en los que se observará un estricto respeto a la independencia judicial de cada uno de los miembros en materias jurisdiccionales” y por otro lado otra clase de acuerdos serían los que tienen por objeto unificar prácticas y criterios de actuación en los aspectos de organización de la oficina judicial o de realización material de actos procesales, que “serán vinculantes para todos los Jueces afectados, en tanto se refieran al Gobierno de los Juzgados, sin que en modo alguno puedan condicionar el ejercicio de la jurisdicción” (art. 65 c) y 65 d) respectivamente del Reglamento 1/2000 de los Órganos de Gobierno de Tribunales, aprobado por Acuerdo del CGPJ de 26 de julio de 2000⁵⁴⁶.

La advertencia de que los acuerdos serán escrupulosos con la independencia judicial constituye un signo claro y evidente del riesgo que corre la independencia del Juez, miembro de la Junta. Y por otro lado el apartado d) del referido art. 65 del ROGT

⁵⁴³ En concreto los arts. 162 de la LOPJ; 4 r, 55 y 57 d) ROGT, vienen a señalar que “Podrán los Presidentes del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia, y de las Audiencias y, en su caso de las Salas de Gobierno, por conducto de aquéllos, dirigir a los Juzgados y Tribunales a ellos inferiores, que estén comprendidos en su respectiva circunscripción, dentro del ámbito de sus competencias gubernativas, las prevenciones que estimen oportunas para el mejor funcionamiento de los Juzgados y Tribunales, dando cuenta sin dilación al Tribunal Supremo, en su caso, y directamente al CGPJ.”

En relación a este tema es muy interesante el trabajo de TORRES VELA, M. y RUIZ-RICO Y RUIZ-MORÓN, J., *Posición, funciones y facultades de los Presidentes de las Audiencias Provinciales en la reciente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Poder Judicial, nº 37, 1995. pág. 241-252.

⁵⁴⁴ VALENCIA MIRÓN, A.J.; *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit. pág. 210.

⁵⁴⁵ Art. 170 LOPJ “1. Los Jueces de cada orden jurisdiccional podrán reunirse en Junta, bajo la Presidencia del Decano, para proponer las normas de reparto entre los mismos, unificar criterios y prácticas, y para tratar asuntos comunes o sobre los que estimaren conveniente elevar exposición a la Sala de Gobierno correspondiente o al Consejo General del Poder Judicial por conducto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia o aquél les solicitare informe.”

El art. 264 de la LOPJ por su parte señala “1. Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales. Las reuniones se convocarán por el Presidente de la Sala por sí, a petición mayoritaria de los Magistrados, así como en los demás casos que establezca la ley. Serán presididos por el Presidente de la Sala.
2. En todo caso quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan”.

⁵⁴⁶ BOE 216, de 8 de septiembre de 2000.

no se entiende bien, porque si es vinculante condiciona la independencia del Juez y si se interpreta que el Juez, para dejar a salvo su independencia, puede desvincularse del acuerdo, entonces deja de ser vinculante.

En relación al lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 12 de la LOPJ respecto de la independencia judicial ad-intra es nítida la Sentencia 144/88 de 12 de Julio del TC (RTC 1988\144) que indica que el Juez no está sujeto a instrucciones de los Tribunales superiores o del Tribunal Supremo, y que sólo a través de los recursos previstos en las leyes procesales pueden en su caso corregir la interpretación de la ley efectuada por aquél⁵⁴⁷. Y es que los Jueces, recordemos, están sometidos únicamente al imperio de la ley, y por lo tanto se les ha de proteger de injerencias que puedan alterar esa vinculación.

Por último, el apartado tercero del art. 12 de la LOPJ dice que “tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones de carácter general o particular dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional”. Recuerda GONZALEZ GRANDA⁵⁴⁸, que este apartado tercero del art. 12 de la LOPJ, fue redactado en el proyecto de Ley de forma incompleta, por lo que fue mejorado en la tramitación parlamentaria, gracias a la sugerencia de diversos grupos parlamentarios, estableciendo la prohibición de dictar instrucciones sobre la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico en la misión de juzgar por parte de los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial⁵⁴⁹.

Recordemos que además de la potestad reglamentaria, el CGPJ, en ejercicio de sus funciones gubernativas, y sólo en este ámbito, dicta Instrucciones que no pueden considerarse análogas a las que, conforme al artículo 21 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de RJAP y Procedimiento Administrativo Común, pueden adoptar los órganos administrativos para dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes. En cualquier caso ha de tenerse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el 12.3 LOPJ, no podrá el CGPJ dictar Instrucciones sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional, por lo que su contenido debe limitarse a aspectos gubernativos o accesorios de la función jurisdiccional.

En cuanto a los ataques provenientes de otros órganos judiciales, y en concreto respecto de órganos jerárquicos superiores, se han ido suscitado distintas cuestiones afectantes a la responsabilidad intraprocesal, mediante correcciones disciplinarias impuestas por los órganos superiores con ocasión de la resolución de recursos (Acuerdos del Pleno de del CGPJ de 26 de febrero de 1992), o sobre las facultades del Tribunal superior de imponer determinados contenidos o pronunciamientos al órgano

⁵⁴⁷ Vid. Fundamento Jurídico Tercero de la STC 144/1988 de 12 de julio.

⁵⁴⁸ GONZALEZ GRANDA, P. *Independencia del Juez y control de su actividad*, Op. Cit. pág. 88.

⁵⁴⁹ Con ello se reitera lo establecido en el art. 4.1 de la LOPJ de 1870, si bien en este precepto derogado, se prohibía igualmente a Jueces y Magistrados “mezclarse directa ni indirectamente en asuntos peculiares a la Administración del Estado”, prohibición esta, actualmente omitida, pero que hemos de entender incluida a través del régimen de prohibiciones e incompatibilidades regulado en la LOPJ. Vid. sobre este tema a MONTERO AROCA J. *Autonomía del Poder Judicial e independencia del Juez*, Op. Cit. pág. 191 y ss.

inferior por la vía de declarar la nulidad de la sentencia (Acuerdos del Pleno de 24 de marzo de 1993 y 16 de junio del mismo año, y de la Comisión Permanente de 3 de diciembre de 1996 y 11 de diciembre del mismo año) que se resolvieron constatando el carácter jurisdiccional de la relación de los distintos órganos jurisdiccionales y haciendo referencia a la imposibilidad de imponer criterios en esta materia al margen de la vía de recursos establecida en la legislación.

Por último el incumplimiento de estas prohibiciones recogidas en art. 12 de la LOPJ da lugar a la correspondiente responsabilidad disciplinaria, así el art. 417.4 califica como falta muy grave la del Juez o Magistrado que efectúe una “intromisión, mediante órdenes o presiones de cualquier clase, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro Juez o Magistrado”, otra cosa muy distinta a estas intromisiones son los Acuerdos no jurisdiccionales que pueden adoptar las Salas del Tribunal Supremo reunidas en Pleno; con ellos se pretenden unificar criterios sobre la interpretación y aplicación de las normas. Estos Acuerdos carecen de todo efecto vinculante, y sirven como meras pautas para las ulteriores resoluciones de la propia Sala, de modo que son a las sentencias de las Salas del Tribunal Supremo a las que el ordenamiento reconoce valor y autoridad, pero no a los Acuerdos no jurisdiccionales.

Por otro lado el art. 418.2 de la LOPJ, señala como falta grave la consistente en “interesarse mediante cualquier clase de recomendación, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de otro Juez o Magistrado”, asimismo el art. 418.4 reputa también como falta grave “corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jurisdiccional, salvo cuando actúen en el ejercicio de la jurisdicción”⁵⁵⁰. De estas faltas disciplinarias nos ocuparemos más adelante al abordar la tutela de la función jurisdiccional por el sistema de responsabilidad disciplinaria al que nos remitimos.

Una vez referida la prohibición del art. 12 de la LOPJ por la que los superiores de un Juez no pueden “interesarse o dirigir a los inferiores instrucciones particulares o singulares, -es decir “recomendaciones”- sobre los asuntos de los que esté conociendo,

⁵⁵⁰ En las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 21 de enero de 1998 (RJ 80\1998) y 21 de marzo de 2003 (RJ 2003\3331) se refleja que las presiones, calificadas por el artículo 417.4 de la LOPJ como falta muy grave, y las recomendaciones, tipificadas como falta grave por el artículo 418.2 de la propia LOPJ, tienden a obtener o propiciar una resolución de determinado contenido, diferenciándose dichos ilícitos disciplinarios en su variedad intensiva, toda vez que en la recomendación se comunica o se deja mera constancia de un concreto interés respecto de una determinada actuación judicial, mientras que en la presión se añade al anterior otro comportamiento tendente a imponer al Juez o Magistrado el sentido de la específica resolución de que se trate, tanto en la vertiente positiva –para conseguir que se produzca una decisión concreta- como en la negativa –para impedir que llegue a producirse el ejercicio de la potestad jurisdiccional-.

Desde este planteamiento jurisprudencial, quien formula la recomendación queda fuera de la decisión que se adopte, limitándose a trasladar un encargo, sugerencia o petición, a diferencia de lo que sucede en la intromisión, que se caracteriza precisamente por una conducta activa y decisiva orientada a participar, al menos materialmente, en el contenido mismo de la resolución de referencia. Y es de significar en este mismo sentido, y como se refleja en la Sentencia antes mencionada de 21 de marzo de 2003, que el ilícito disciplinario de referencia tiene lugar tanto si la orden o presión se lleva a cabo directamente sobre el Magistrado influido, como si la presión se dirige de forma inmediata y personal contra otra u otras personas en aquellos supuestos en que resulte acreditado que esa misma presión es susceptible de tener efectividad sobre la actuación jurisdiccional del Juez o Magistrado al que se ha pretendido influir.

se plantea GIMENO SENDRA⁵⁵¹ si dicha prohibición se extiende también a las instrucciones “generales”, con lo que inmediatamente le surge la duda, consistente en determinar si han de estar o no vinculados por la doctrina legal emanada de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores y, de modo especial, por la del TC y TS. En este sentido, ya sabemos que la doctrina del TC vincula directamente a todos los Jueces y Magistrados (Art. 5.1 LOPJ)⁵⁵², pero esto no significa que la doctrina de los demás Tribunales, y en especial la del TS no lo sea, puesto que de ser así, en primer lugar existiría inseguridad jurídica (art. 9 CE), y en segundo lugar se podría vulnerar el principio constitucional de igualdad de los ciudadanos en la aplicación de la ley (art. 14 CE). Esta doctrina como señala el mismo autor, también es vinculante para los órganos jurisdiccionales inferiores habida cuenta que el art. 1.6. CC otorga a la doctrina jurisprudencial del TS el carácter de fuente del Derecho y el art. 477.3 LEC prevé como motivo del recurso de Casación el “interés casacional” derivado de la infracción de dicha doctrina legal.

Por otro lado la propia Constitución Española dispone varias garantías en relación a la independencia ad-intra, o interna, en el art.117.2 recoge la inamovilidad, el art. 122.1 recoge la reserva de ley orgánica sobre la determinación de la Constitución, funcionamiento y gobierno de Juzgados y Tribunales y el estatuto jurídico de jueces y Magistrados, el art. 127 recoge el régimen de sus incompatibilidades, y el art. 122.2 consagra la existencia del CGPJ como órgano autónomo y separado del Gobierno. El propio Tribunal Constitucional en su sentencia de 17 de abril de 1986 (RTC 1986/45) declaró que “la propia existencia del Consejo es una garantía más de las que el ordenamiento establece para asegurar y garantizar la independencia del poder Judicial, de forma que al hacer valer sus propias competencias defiende también y reafirma esa misma independencia, pero únicamente puede hacerlo en la medida que la misma se conecta a las atribuciones y competencias del propio Consejo” (Fundamento Jco. 5)⁵⁵³.

10.2. De la inamovilidad.

En cuanto a la inamovilidad judicial, de la que nos hemos ocupado anteriormente, recordemos aquí, que integra la principal garantía de la independencia judicial frente a los superiores del Juez, puesto que sin ella los órganos de gobierno del Poder Judicial podrían actuar arbitrariamente y apartar a aquellos Jueces que no siguieran sus directrices, colocando en su lugar a otros más “obedientes”. Es el artículo 117.1 de nuestra CE el que dispone que los jueces han de ser independientes e inamovibles: “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y

⁵⁵¹ GIMENO SENDRA, V, *Introducción al Derecho Procesal*, Op. Cit., pág. 93 y 94.

⁵⁵² Art. 5.1 de la LOPJ “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

⁵⁵³ Vid. en el mismo sentido lo dispuesto por el TC en su sentencia 108/1986 de 29 de Julio, Fundamento Jurídico Séptimo, cuando dice que “las funciones que obligadamente ha de asumir el Consejo son aquellas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir sobre los tribunales; de un lado, el posible favorecimiento de algunos Jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección y la imposición de sanciones. La finalidad del Consejo es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado”.

Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”, definiendo la inamovilidad en su apartado segundo, “Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la Ley”. Cuando aquí se hace referencia a la Ley, la misma no es otra que la LOPJ, puesto que si el art. 122.1 establece la reserva de Ley Orgánica para el “estatuto jurídico” de los Jueces y Magistrados, y la independencia es una nota esencial del mencionado estatuto, sus causas de separación, suspensión, traslado o jubilación han de estar establecidas en la LOPJ. Por ello el art. 15 de la LOPJ dispone que “los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en esta Ley”, que no es otra que la LOPJ.

Así el art. 379 de la LOPJ, con el máximo respeto al principio de legalidad, señala que el Juez sólo puede ser separado por renuncia al cargo, pérdida de la nacionalidad, sanción disciplinaria muy grave, condena a pena privativa de libertad por la comisión de un delito doloso, incapacidad o jubilación. Por otro lado la suspensión o cesación temporal en el ejercicio de la función jurisdiccional se contempla en el art. 384 y puede ser provisional (durante la tramitación de un procedimiento penal o disciplinario) y definitiva (que es cuando constituye una pena de inhabilitación aparejada a la condena por la comisión de un delito o como consecuencia de la irrogación de una sanción muy grave). La sanción de traslado forzoso también requiere la comisión de una falta muy grave (Art. 420.2 LOPJ).

Y por último, la jubilación sólo puede acontecer por declaración de incapacidad o por cumplimiento de la edad (art. 385 LOPJ), la cual, si es forzosa, acontece a los setenta años (art. 386 LOPJ), aun cuando pueden continuar como magistrados eméritos, teniendo el tratamiento retributivo de los magistrados suplentes (art. 200.4 LOPJ) hasta los 75 años.

10.3. Tutela y problemática del art. 14 LOPJ.

Dice el art. 14 de la LOPJ que los jueces y magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia, por intromisiones externas o internas, lo pondrán en conocimiento del CGPJ⁵⁵⁴, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico (Cfr. Arts. 238.2º y 239 de la LOPJ). También podrá el Ministerio Fiscal por sí o a petición de Jueces y magistrados, promover las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial (art. 14.2 LOPJ y 3.2 EOMF).

⁵⁵⁴ El Pleno del CGPJ, si la falta cometida es muy grave, o la Comisión Disciplinaria del mismo, si la falta es grave, pueden imponer sanciones disciplinarias al Juez o Magistrados que atente contra la independencia de otro Juez o Magistrado, en los supuestos de los artículos 417.4 (la intromisión, mediante órdenes o presiones de cualquier clase, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro Juez o Magistrado), y 418.2 (interesarse, mediante cualquier clase de recomendación, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de otro Juez o Magistrado), y 418.4 (corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jurisdiccional, salvo cuando actúen en el ejercicio de la jurisdicción). La falta grave (418.2 y 418.4) se sanciona con multa de trescientos a tres mil euros, y las muy graves (417.4) con suspensión, traslado forzoso y separación (art. 420.2 LOPJ).

Hemos de destacar como hace RODRIGUEZ PADRON, ante este mecanismo previsto por la LOPJ para la protección de la independencia de los miembros de la Carrera Judicial, que “llama poderosamente la atención el hecho de que tantos años después de la aprobación de esta Ley no se haya desarrollado este “procedimiento adecuado” pese a las diferentes reformas que ha experimentado el texto legal en otras materias de menor importancia respecto de la que pretende regular este precepto: nada menos que la independencia judicial”⁵⁵⁵.

Por otro lado los Jurados que en el ejercicio de su función se consideren inquietados o perturbados en su independencia, en los términos del artículo 14 de la LOPJ, podrán dirigirse al Magistrado-Presidente para que les ampare en el desempeño del cargo (art. 3.4 LOTJ)⁵⁵⁶.

GIMENO SENDRA⁵⁵⁷, que al analizar la independencia del Juez frente a la Sociedad distingue entre medidas preventivas⁵⁵⁸ y represivas, encuadra en estas últimas lo dispuesto en el art. 13 y 14 LOPJ, señalando que desgraciadamente “en nuestro país, debido, de un lado a la inexistencia de medidas de –comptent of Court- para garantizar la independencia judicial y, de otro a la despenalización que el Código Penal de 1995 efectuó del polémico delito de “desacato”, se puede hoy impunemente minar la independencia judicial y lesionar la presunción de inocencia del imputado a través de los –juicios paralelos- o campañas mediáticas destinadas a influir en los miembros del Poder Judicial para que adopten determinadas decisiones, todo ello con desconocimiento de que el art. 10.2 del CEDH⁵⁵⁹ autoriza a limitar el ejercicio de la libertad de expresión –para garantizar la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial- (STEDH “Barford” de 22 de febrero de 1989)”.

⁵⁵⁵ RODRIGUEZ PADRÓN, C., “*La Conformación del Poder Judicial*”, Op. Cit., pág. 100.

⁵⁵⁶ Art. 3.4 LO 5/1995 de 22 de mayo del Tribunal del Jurado dispone “Los Jurados que en el ejercicio de su función se consideren inquietados o perturbados en su independencia, en los términos del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrán dirigirse al Magistrado- Presidente para que les ampare en el desempeño de su cargo”.

⁵⁵⁷ GIMENO SENDRA, V.,: *Introducción al Derecho Procesal*, Op. Cit. pág. 89.

⁵⁵⁸ Las medidas preventivas serían las que están dirigidas a preservar la imparcialidad objetiva y autoridad o prestigio de los Jueces y Magistrados que se alcanzaría a través de Estatuto jurídico de dichos Jueces y Magistrados que tendría como finalidad incrementar la confianza de los ciudadanos en la imparcialidad y pericia técnico-jurídica de los Jueces y Magistrados.

⁵⁵⁹ El artículo 10 del CEDH Roma 4 de noviembre de 1950 dice “1.Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

En nuestra opinión el artículo 14 de la LOPJ trata de una manera muy genérica los mecanismos de defensa de la independencia judicial, haciéndolo, como ya hemos dicho anteriormente, un precepto poco útil e ineficaz⁵⁶⁰. Por un lado no especifica y tampoco identifica de donde pueden surgir los posibles ataques. Podría pensarse que se refiere a la defensa de la independencia judicial ad-extra por cuanto que el art.12 se concreta en la independencia ad-intra, no obstante son muchos los supuestos de petición de amparo de independencia ante el CGPJ planteado por Jueces y Magistrados debidos a actuaciones realizadas por otros órganos judiciales, es decir en defensa de una independencia judicial ad-intra.

Según RODRIGUEZ PADRÓN⁵⁶¹, en la práctica tan sólo se cumple la primera parte de lo dispuesto en el precepto legal, recibiendo el CGPJ la mal llamada demanda de amparo en muchas ocasiones y la mayoría de las mismas ante declaraciones críticas con trascendencia mediática a propósito de una resolución judicial.

Por otro lado estamos de acuerdo con DE LA OLIVA SANTOS⁵⁶², pues “este artículo 14 L.O.P.J. no destaca precisamente por estar bien concebido y redactado”, por un lado la *ratio* del mencionado precepto no tiene reflejo en los arts. 107 y 108 de la LOPJ que concretan las atribuciones y competencias del Consejo, y por otro lado se plantea este autor, que para qué puede servir acudir al Consejo con las personales apreciaciones de inquietamiento o perturbación de la independencia, teniendo en cuenta que el CGPJ no dispone ningún instrumento jurídico concreto para defender la misma, salvo su posible autoridad en el sentido romano-clásico de *auctoritas*, confiriendo fuerza a gestiones no públicas o a declaraciones públicas de apoyo o de reproche.

Es el propio DE LA OLIVA SANTOS⁵⁶³, quien refiere un caso notorio de invocación del artículo 14 de la LOPJ, muy significativo e interesante que dio lugar a que dicho autor, entonces Vocal Del CGPJ emitiera un voto particular discrepante del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 22 de diciembre de 1993, por el que examinado el escrito de la Ilma. Sra. Magistrado-Juez titular del Juzgado de Instrucción número 4 de Madrid, se resuelve comunicar a dicha magistrado que el Pleno no aprecia motivo para que se sienta inquietada o perturbada en su independencia a

⁵⁶⁰ Hemos de recordar que el texto del proyecto de la Ley Orgánica era más ambicioso puesto que encomendaba al Juez o Magistrado que sintiese amenazada su independencia la apertura “de oficio” del oportuno procedimiento reparador. Esta atribución fue suprimida por enmienda del grupo parlamentario centrista, para preservar, precisamente la independencia que se pretendía proteger, la cual se vería seriamente cuestionada si el propio Juez afectado se convertía en tal además de parte. Por su parte el grupo parlamentario catalán en otra enmienda asignaba al Consejo General del Poder Judicial la adopción de “las medidas que procedan” en orden a reparar la situación, y en el mismo sentido se articulaba el texto alternativo de la LOPJ que como proyecto de totalidad fue presentado por el grupo parlamentario popular. Ninguna de estas enmiendas llegaron a buen término en trámite de ponencia, ni tampoco en comisión de tal forma que el precepto de la LOPJ quedó redactado con la redacción que actualmente conocemos en el trámite de primera lectura aprobado por el Congreso de los Diputados. Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, Núm. 118.III, del 8 de abril de 1985.

⁵⁶¹ RODRIGUEZ PADRÓN, C., “La Conformación del Poder Judicial”, Op. Cit., pág. 100.

⁵⁶² DE LA OLIVA SANTOS, A. “Acerca del Consejo General del Poder Judicial (1)”, Revista de Derecho Procesal, nº 2, 1994, págs. 291-292.

⁵⁶³ DE LA OLIVA SANTOS A. “Acerca del....” Op. Cit. Revista de Derecho Procesal, nº 2, 1994, págs.273-327.

causa de los hechos que comunica⁵⁶⁴. Los hechos valorados por el CGPJ en el Acuerdo que mencionamos de 22 de diciembre de 1993, dieron lugar a la aprobación por el Pleno de dicho órgano de un nuevo Acuerdo de fecha 12 de enero de 1994 por el que se aprueba una declaración relativa a la independencia judicial, la responsabilidad disciplinaria y diversas actuaciones de distintos miembros y órganos del Consejo.

Asimismo si observamos el tenor del artículo, se supedita la independencia judicial al criterio subjetivo del Juez o Magistrado, cuando el CGPJ estima que la afectación de la independencia judicial debe hacerse desde parámetros objetivos, atendiendo a la actuación que pueda vulnerar o afectar la independencia judicial⁵⁶⁵. Y en este panorama poco clarificador, en muchas ocasiones añade el CGPJ que la crítica a las resoluciones judiciales no sólo es posible sino incluso deseable, aunque debe hacerse siempre desde el respeto personal e institucional, máxime cuando proceden de responsables políticos.

Considera FOLGUERA CRESPO⁵⁶⁶, que la inquietud o perturbación en su independencia por parte del juez, no ha de tratarse de una sensación o sentimiento puramente subjetivo de dicho juez, sino que requiere la ley que la actuación externa o la situación creada revistan de manera objetiva la suficiente entidad como para ocasionar un efecto negativo apreciable sobre el ejercicio de la jurisdicción, sin que sea necesario que dicha situación de perturbación que potencialmente puede afectar al ejercicio de la función jurisdiccional, tenga por qué haberse materializado en la pérdida de la imparcialidad por el juez.

Y por último, consideramos que mezcla el precepto distintas instituciones; el Juez o Magistrado, que se considera perturbado, el CGPJ, a quién se pone en conocimiento, el Juez o Tribunal competente a quien se da cuenta de los hechos para seguir el procedimiento adecuado⁵⁶⁷, y el Ministerio Fiscal, que como dice el apartado dos del referido artículo 14, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial, reiterando lo dispuesto en el art. 124.1 de la Constitución. Además de proponer las acciones pertinentes (penales, en su caso) el art. 3.2 del EOMF, atribuye al MF el ejercicio de cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de jueces y tribunales. Funciones (que sin son distintas del ejercicio de acciones) que nunca han sido o se han concretado legalmente. Por ello causa sorpresa por un lado que no se haga referencia alguna a las medidas que se pudieran adoptar para proteger la independencia judicial, y las sanciones jurídicas posibles, y también sorprende que el texto del artículo

⁵⁶⁴ El asunto en cuestión, trataba de la comunicación que realizó una Magistrado, titular de un Juzgado de Instrucción de Madrid, que se dirigió al Consejo, el día 20 de diciembre de 1993, al considerarse inquietada y perturbada en su independencia a causa de dos conversaciones telefónicas mantenidas con ella por un vocal del Consejo, la segunda de dichas conversaciones telefónicas, de un contenido y tono desabrido y airado fue seguida de una inmediata intervención del Servicio de Inspección del CGPJ.

⁵⁶⁵ Por lo tanto no sería de extrañar que se comunicaran al CGPJ posibles ataques a la independencia judicial, que objetivamente no merecerían esa valoración, por un exceso de celo en el entendimiento de Jueces y Magistrados de lo que es su “independencia”.

⁵⁶⁶ FOLGUERA CRESPO, J. “Sobre la intervención mediadora del Consejo General del Poder Judicial en supuestos de posible perturbación de la independencia judicial”, Poder Judicial, número especial XVII “Justicia, información y opinión pública”, 1999, pág. 505-516.

⁵⁶⁷ Sin que nada diga la Ley de cual es el procedimiento adecuado.

parezca negar al CGPJ que pueda tomar medidas por iniciativa propia, cuando considere que existan circunstancias objetivas de ataque a la independencia judicial y el Juez afectado no formule petición respecto de este ataque a su independencia. Todo ello hace que VACAS GARCIA-ALOS y MARTIN MARTIN hayan calificado al art. 14 de la LOPJ de un “instrumento poco útil”, pues “de una parte permite que los Jueces y Magistrados, en un exceso de celo sobre el entendimiento de su –independencia– comuniquen al Consejo General del Poder Judicial posibles ataques que objetivamente no merecen tal valoración. De otra, la falta de regulación sobre las medidas que se pueden adoptar y la sanción jurídica correspondiente para el caso de ataque a la independencia judicial da lugar a que se considere como un precepto ineficaz”⁵⁶⁸.

10.3.1. El art. 14 de la LOPJ desde la óptica del CGPJ.

Este asunto ya ha sido tratado por el Pleno del CGPJ, y así en el Acuerdo de 19 de julio de 2001, se denegó una petición de amparo de independencia judicial planteada por un Juez en base al art. 14 de la LOPJ y en relación con la actuación de un superior gubernativo el cual le había impuesto una sanción. Refiere este Acuerdo que “*La Constitución no se refiere a la independencia del Poder Judicial, sino a la de los Jueces y Magistrados integrantes del mismo. Es decir parece contemplar la independencia de los miembros del Poder Judicial tanto respecto de otros poderes del Estado como respecto de sus propios órganos de gobierno, distinguiendo así entre los que se ha llamado independencia externa e independencia interna*”. Es por ello que cuando hablamos de independencia del poder judicial, estamos hablando de la independencia respecto de los otros poderes del Estado por un lado, y más en concreto del poder ejecutivo, y de la independencia de todos y cada uno de los miembros integrantes del poder judicial, lo que le confiere a estos miembros del poder judicial un estatus jurídico diferenciado de aquellos otros titulares del resto de los poderes estatales.

El Pleno del CGPJ manifiesta en este Acuerdo que el reconocimiento de la independencia judicial se convirtió en uno de los ejes centrales de la regulación de la LOPJ, al predicarse de los Jueces y Tribunales con un carácter pleno⁵⁶⁹, y asimismo indica que “...El Consejo General del Poder Judicial ha venido interpretando el artículo 14.1 de la Ley Orgánica antes referido con un criterio estricto, considerando que si bien la independencia judicial no se predica en abstracto del Poder Judicial, sino de todos y cada uno de sus miembros, como se ha expuesto, el mecanismo previsto en el artículo 14 de la citada Ley debe ser interpretado de una forma restrictiva que haga compatible tanto la independencia judicial predicada de Jueces y Magistrados como el derecho subjetivo que se predica de todos los ciudadanos a la obtención de la tutela judicial

⁵⁶⁸ VACAS GARCÍA-ALÓS, L., y MARTIN MARTIN, G., *Manual de Derecho Disciplinario Judicial*, Op. Cit., pág. 44.

⁵⁶⁹ Como señala la STC 108/1986 de 29 de julio (RTC 1986\108) ésta “Constituye una pieza esencial de nuestro ordenamiento jurídico, como de todo Estado de Derecho, y la misma Constitución lo pone gráficamente de relieve al hablar expresamente del Poder Judicial, mientras que tal calificativo no aparece al tratar de los demás poderes tradicionales del Estado, como son el Legislativo y el Ejecutivo. El poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción, y su independencia se predica de todos y cada uno de los jueces que cuanto ejercen tal función, quienes precisamente integran el Poder Judicial o son miembros de él porque son los encargados de ejercerla”, añadiendo que la independencia judicial “tiene como contrapeso la responsabilidad y el estricto acantonamiento de los Jueces y Magistrados en su función jurisdiccional y las demás que expresamente les sean atribuidas por Ley en defensa de cualquier derecho (art. 117.4), disposición esta última que tiende a garantizar la separación de poderes”.

efectiva por un Juez imparcial. Como consecuencia de ello, en (algunas) ocasiones en que Jueces y Magistrados se han dirigido al Consejo General del Poder Judicial con invocación del artículo 14 de la Ley Orgánica, se ha (podido responder que) a juicio de este Órgano Constitucional, no se advertían motivos de inquietud o perturbación en la independencia, o lo que es igual, circunstancias objetivas de perturbación (sin que de esa respuesta se deduzca que) el Consejo General del Poder Judicial (...) cuestione la veracidad o autenticidad de la expresión de una sensación o sentimiento derivada de hechos desprovistos, a juicio del Consejo General del Poder Judicial, de entidad objetiva suficiente para fundar tal sensación o sentimiento”.

El Consejo General del Poder Judicial entiende, que el artículo 14 de la LOPJ “exige que haya habido objetivamente, una injerencia indebida en la independencia judicial para que pueda otorgarse el amparo solicitado, lo que exigirá, a fin de adoptar adecuadamente la decisión que compete al Consejo General del Poder Judicial sobre el amparo solicitado, examinar si, con arreglo a una prudente consideración de los hechos, y de sus posibles –no necesariamente seguras- repercusiones –examen de los hechos y de las circunstancias concurrentes-, el Juez o Magistrado en cuestión tiene motivos razonables o racionales para considerarse inquietado o perturbado en su independencia judicial, y ofrecer, en su caso, al Juez Magistrado una respuesta adecuada a su situación”.

Asimismo entiende el CGPJ que su decisión sobre la petición de amparo de la independencia judicial, es una competencia exclusiva del Consejo, y que por lo tanto su decisión no puede ser fiscalizada ni por vía administrativa ni por vía judicial, siempre que respete los elementos reglados del acto administrativo concreto y específico, salvo que fuese una decisión arbitraria o incurriese en desviación de poder.

Como señalábamos anteriormente el art. 14 de la LOPJ se trata de un precepto muy generalista y de poca eficacia. Sería necesario articular una mayor precisión en su contenido que nos permitiera afirmar que además de la petición expresa del Juez o Magistrado afectado en su independencia, también cupiera la intervención del CGPJ a iniciativa propia, o en virtud de comunicación de terceros⁵⁷⁰. Ya hemos señalado también que debiera de poder precisarse su contenido y la decisión que el Consejo podría adoptar⁵⁷¹, y por último quizás sería también muy adecuado perfeccionar la persecución de los delitos cometidos contra Jueces y Magistrados en relación con el quehacer jurisdiccional, y ello para evitar su pérdida de imparcialidad y consiguiente apartamiento del conocimiento de un determinado asunto si ejercen la defensa de sus derechos legítimos.

10.3.2. Conductas susceptibles de ser encuadradas en el art. 14 de la LOPJ.

RODRIGUEZ PADRON⁵⁷², hace un esbozo y sistematización de las conductas que podrían verse incardinadas en el artículo 14 de la LOPJ, distinguiendo;

⁵⁷⁰ Como por ejemplo podrían ser las Asociaciones Judiciales.

⁵⁷¹ Si puede consistir en una rectificación, en la comunicación a otras autoridades u órganos interesando su colaboración, en la recuperación de las condiciones idóneas para el ejercicio de la función jurisdiccional con independencia.

⁵⁷² RODRIGUEZ PADRÓN, C., “*La Conformación del Poder Judicial*”, Op. Cit. pág. 101 y ss.

- como primera modalidad la crítica de una resolución judicial, ya se realice de forma verbal o por escrito (por ejemplo a través de un artículo de opinión) que tan sólo se verá incurso en el marco del artículo 14 LOPJ cuando exceda con claridad de los límites de la libertad de expresión y por tanto conlleve descalificaciones intolerables hacia el Juez o Magistrado autor de la resolución criticada, imputaciones de parcialidad ajenas a la función judicial, y tenga como finalidad o puedan tener estas acciones como resultado el posicionamiento del Juez en contra de alguna concreta opción de las que se ventilan en el pleito⁵⁷³.
- Una segunda modalidad serían las campañas de prensa, que cada vez se dan más, en las que con la crítica y el comentario, e incluso con la recomendación se pretende presionar sobre la línea o resultado que debe alcanzar un asunto judicial de resonancia mediática.

Por otro lado hemos de entender que sólo tendrán la naturaleza de ataques dignos de obtener el amparo previsto en el artículo 14 de la LOPJ aquellas campañas, declaraciones, críticas o intromisiones que, en el marco de un proceso concreto, intenten condicionar al Juez para que dicte una resolución en un determinado sentido, lo que nos lleva a pensar con carácter general que las peticiones de amparo judicial deben identificarse como una reclamación de tranquilidad, de cese en las presiones para así poder dictar una resolución futura, aunque sea inmediata. Es por ello que hemos de pensar que la crítica a posteriori del dictado de la resolución a que haya lugar, por muy desmesurada e injusta que fuere, no sería encuadrable como una conducta que atente contra la independencia judicial. En opinión de RODRIGUEZ PADRÓN, sólo cabría una excepción a esta línea divisoria, que serían “aquellos supuestos en los cuales la crítica posterior a una resolución judicial en el marco de un proceso cuya tramitación provocará todavía otras resoluciones haya de entenderse como una campaña orquestada de cara al futuro contra el Juez o Magistrado encargado de la tramitación del asunto”⁵⁷⁴.

Siguiendo a FOLGUERA⁵⁷⁵, y al margen de lo referido anteriormente, la práctica que ha seguido el Consejo General del Poder Judicial, ha sido la de examinar la comunicación recibida, para constatar si la misma reunía las notas y elementos característicos de una intervención de este tipo (es decir existencia actual de una situación de afectación de la independencia judicial, gravedad y objetivación de tal afectación, necesidad y proporcionalidad del amparo interesado y exclusión del ámbito propio de la potestad jurisdiccional, todo ello con un criterio estricto), y una vez

⁵⁷³ Es decir se encaminan estas declaraciones a perturbar la independencia aunque sin caer en el terreno del tipo penal de la injuria, pues en este caso, correspondería al destinatario de las críticas y expresiones de descrédito si ejercita la acción penal, apartándose del asunto. Hay que señalar que esta es una posibilidad que los Jueces y Magistrados han descartado de forma voluntaria por cuanto como juzgadores afectados han optado por pedir amparo al Consejo para evitar dar facilidades a los litigantes de cara a apartar a un Juez determinado del conocimiento de un asunto provocando mediante la injuria su querrela, y debiendo abstenerse en este caso.

⁵⁷⁴ RODRIGUEZ PADRÓN, C., “*La Conformación del Poder Judicial*”, Op. Cit. pág. 103.

⁵⁷⁵ FOLGUERA CRESPO, J. op. cit. pág. 510 y 511.

llevados a cabo estas actuaciones se han emitido pronunciamientos en el siguiente sentido;

- Considerar que no se aprecian condiciones objetivas de las que pueda desprenderse ataque o perturbación en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a los fines previstos en el artículo 14 de la LOPJ (Acuerdo del Pleno del Consejo General de 17 de noviembre de 1994).
- Considerar que la materia tiene carácter jurisdiccional (Acuerdo del Pleno del Consejo General de 18 de diciembre de 1996) lo que se considera excluye la existencia de las condiciones objetivas de perturbación.⁵⁷⁶
- Proceder a una declaración de amparo al Juez o Magistrado, por considerar que los hechos constituyeron un motivo de inquietamiento o perturbación encuadrable en el artículo 14 de la LOPJ (Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de julio de 1993).
- Dar cuenta al Ministerio Fiscal por si los hechos que fundamentan la petición pudieran ser constitutivos de delito (Acuerdo del Pleno del Consejo General de 15 de enero de 1997).
- Efectuar una declaración institucional de contenido más amplio que el concreto supuesto origen de la solicitud o solicitudes de amparo (Acuerdo del Pleno del Consejo General de 25 de enero de 1995).

Por otro lado, y como ya hemos hecho referencia, en ausencia de procedimiento desarrollado normativamente sobre la reclamación del amparo judicial, se está resolviendo por el CGPJ mediante Acuerdos del pleno, se trata de declaraciones de amparo que se difunden a través de la oficina de prensa, en opinión de RODRIGUEZ PADRÓN “con ánimo arbitral, y cuyo valor vinculante será el que la sociedad quiera asignarle en función de su “juicio paralelo””⁵⁷⁷. Este autor considera que esto no es bastante y estima que se puede ocasionar una reacción de respuesta por parte del autor de las críticas (ya sea un medio o una persona), de tal manera que colocaría en una situación imposible al CGPJ por cuanto que el mismo no puede entrar en una dinámica de ataque y defensa sucesiva con un responsable político o medio de comunicación por motivos y razones que superan su carácter institucional. Por ello mantiene que es preciso desarrollar este proceso y pensar en las medias y actuaciones que fuesen vinculantes para estos casos, pues de lo contrario las peticiones de amparo judicial no dispondrán de una respuesta justa.

10.4. Tutela penal de la independencia judicial.

⁵⁷⁶ Hemos de entender que lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se trata de un recurso o procedimiento complementario o subsidiario del ejercicio de la potestad jurisdiccional, por ello el precepto legal, junto con la obligación de puesta en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, se refiere a la dación de cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento, sin perjuicio de practicar por sí mismos la diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y para restaurar el orden jurídico.

⁵⁷⁷ RODRIGUEZ PADRÓN, C., “*La Conformación del Poder Judicial*”, Op. Cit., pág. 103.

Por último hemos de recordar que en la tutela jurídica de la independencia judicial, también se dispone de lo preceptuado en el ámbito penal, así el código Penal castiga con una pena a los miembros del poder ejecutivo o legislativo que turben la independencia de los jueces. El artículo 508 del C.P. establece que “1. La autoridad o funcionario público que se arrogare atribuciones judiciales o impidiere ejecutar una resolución dictada por la autoridad judicial competente será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. 2. La autoridad o funcionario administrativo o militar que atentare contra la independencia de los Jueces o Magistrados, garantizada por la Constitución, dirigiéndoles instrucción, orden o intimación relativas a causas o actuaciones que estén conociendo, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, multa de cuatro a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

Señala GONZALEZ-CUÉLLAR GARCIA⁵⁷⁸, que mientras los comportamientos previstos en el párrafo primero del artículo 508 del Código Penal suponen ataques directos al poder judicial, en el párrafo segundo se recogen formas de ataques indirectas, que tratarían de impedir la ilegítima intromisión en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, efectuada no ya propiamente mediante la usurpación de las funciones ajenas, sino a través de una injerencia indirecta que pueda viciar la toma de decisiones por parte de las autoridades que ostentan tales funciones⁵⁷⁹.

Por otro lado constatamos como en este segundo apartado del artículo 508 del C.P. se refiere a “autoridad o funcionario administrativo o militar”, sin entenderse esto puesto que tanto los funcionarios administrativos, como los militares, son funcionarios públicos a efectos penales, y además no se comprende tampoco las razones de esa diferenciación de los sujetos con respecto a los comprendidos en el párrafo anterior⁵⁸⁰.

El Sujeto activo de este delito, es cualquier autoridad, por lo que cabe incluir también a los mismos Jueces, Magistrados, o los miembros de los órganos de gobierno de éstos, así como los funcionarios administrativos o militares no pertenecientes a la Administración de Justicia. Como vemos se trata de un concepto muy amplio que se fundamenta en el hecho de que todas las personas mencionadas están directamente obligados a respetar la independencia de Jueces y Magistrados (art. 13 LOPJ), y de este modo se protege no sólo la independencia del poder judicial frente a otros poderes del Estado (particularmente el ejecutivo), sino la independencia de toda autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones incluso de otros órganos judiciales y de sus propios órganos de gobierno.

Por lo que se refiere a la conducta típica, la nueva redacción del precepto, permite identificar con mayor claridad cuáles son las acciones punibles, y así hemos de decir que el actual Código Penal, no sanciona cualquier atentado contra la

⁵⁷⁸ GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCIA, A., *El Consejo como garantía de la independencia judicial*. Jueces para la Democracia, número 57 noviembre 2006, pág. 86.

⁵⁷⁹ Vid también lo dicho por TAMARIT Y RODRÍGUEZ PUERTA, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, de QUINTERO-MORALES, 2ª edición, Ed. Aranzadi, Pamplona 2001.

⁵⁸⁰ Si bien es cierto que en otros lugares del Código se utiliza la misma técnica (art. 529.1) al igual que sucedía con el código Penal anterior, como en su correlativo artículo 380.

independencia de Jueces y Magistrados, sino sólo aquellos que consisten en dirigir instrucciones, órdenes o intimaciones relativas a causas o actuaciones que éstos estén conociendo. El núcleo del comportamiento típico reside en atentar contra la independencia de Jueces o Magistrados, entendido en el sentido de condicionar o de imponer, incluso mediante la coacción, la adopción de determinada decisión jurisdiccional. Como dice GONZALEZ-CUELLAR⁵⁸¹, “la conducta típica supone, pues, un atentado contra la independencia de Jueces y Magistrados. Ahora bien, conviene precisar que a ésta le es inherente un grado de intensidad que va más allá del tratar de influir en el ánimo del Juez. Supone una auténtica intromisión en la independencia de la función jurisdiccional, y no judicial como en la primera modalidad típica del párrafo anterior, dado que el precepto se refiere a causas o actuaciones que estén conociendo por razón de su cargo, por lo que se deben circunscribir a lo estrictamente jurisdiccional”.

El delito se consuma con la emisión de la instrucción, orden o intimación, siempre que éstas lleguen a ser conocidas por el Juez o Magistrado. Se trata pues, de un delito de consumación anticipada, que se perfecciona cuando se les dirige una instrucción, orden o intimación relativas a causas o actuaciones que estén conociendo, al margen de que llegue a alterarse o influir en la decisión que les corresponda adoptar. El legislador ha querido adelantar el momento de la consumación a un estadio anterior al de la efectiva lesión del bien jurídico, por lo que es suficiente con intentar perturbar la libertad de los Jueces y Magistrados sin que se exija acreditar que efectivamente han quedado afectados en su libertad de decisión⁵⁸². Se trata de un delito de los denominados de emprendimiento, en los que la acción típica está integrada por una conducta consistente en “atentar”, la cual desde una perspectiva material, equivale a la tentativa. Por ello y en sintonía con la interpretación restrictiva que de este delito ha hecho la jurisprudencia, de la configuración de este tipo como un delito “de atentado”,⁵⁸³ debe inferirse la exigencia del propósito de menoscabar la independencia judicial, por lo que tan sólo podrá apreciarse el delito cuando concurre el dolo directo (STS 24 de enero de 1991, RJ 282\1991).

Por otro lado y haciendo un recorrido por el articulado del Código Penal en la búsqueda de figuras que protejan el bien jurídico de la “independencia judicial”, al margen del artículo 508.2 CP antes referido, nos encontramos en primer lugar con los delitos de calumnia e injuria.

Efectivamente la LO 15/2003 de 25 de noviembre, ha introducido en el régimen de persecución de los delitos contra el honor (art. 215.1 CP) una importante modificación, en cuanto que permite la persecución de oficio de las injurias o calumnias dirigidas contra Funcionario público, Autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos y no, como hasta entonces, limitada a la interposición de la correspondiente denuncia⁵⁸⁴. Se trata en estos casos de delitos de lesión de significación

⁵⁸¹ GONZÁLEZ-CUELLAR GARCIA, A., *El Consejo como garantía de la independencia judicial* Op. Cit..., pág. 87.

⁵⁸² STS de la Sala Segunda de 24 de enero de 1991 (RJ 282\1991).

⁵⁸³ En el sentido de la descripción de la dinámica de la acción.

⁵⁸⁴ En este tema es de interés lo referido en el informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de la LO 15/2003, el cual recogía que dada la desaparición del desacato, las ofensas a funcionarios, autoridades o sus agentes

pública, justificándose esta especialidad en la necesidad de que el sujeto pasivo ostente la cualidad de autoridad o funcionario público y que el delito se cometa cuando éste se encuentra ejerciendo sus funciones y en consideración a ellas⁵⁸⁵.

En contraste con el art. 215.1 del CP, hemos de hacer referencia al artículo 504 del mismo cuerpo legal, en el que se tipifican las calumnias, injurias y amenazas, entre otros, contra el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia, y que pretende proteger el denominado “honor institucional” o el prestigio y dignidad de esas instituciones al margen y con independencia del honor individual de sus miembros.

Por otro lado además de los tipos de cohecho de los artículos 419 a 427 del Código Penal, también hay que contemplar el tipo del artículo 428 CP referido al “Tráfico de influencias”, si bien en dichos preceptos lo que se protege de forma evidente es la imparcialidad y objetividad de la función pública, como garantías de su correcto funcionamiento, que quedan en entredicho cuando en la actuación funcional se introducen motivaciones (como las de carácter económico), ajenas al interés público.

También hemos de mencionar los delitos de “obstrucción a la justicia” (arts. 463 y ss), aunque hemos de convenir que aquí estamos ante una protección indirecta, puesto que dichos preceptos, sobre todo el del artículo 464 CP, lo que conforma es un delito de los denominados pluriofensivos, en tanto que protege, de una parte la libertad e indemnidad de las personas y, de otra, el bien colectivo y público de la Administración de Justicia⁵⁸⁶.

solo eran perseguibles a través de los tipos genéricos de injurias y calumnias, por lo que el hecho de que ahora se permita su persecución de oficio obedece a razones de interés público, parece que intentado paliar la impunidad del desacato ante el peligro que para la función pública podía suponer este comportamiento. De esta forma parece que se pretende evitar la impunidad cuando las ofensas se dirigen genéricamente a colectivos públicos no específicamente protegidos en otros preceptos penales, como jueces, fiscales y determinada clase de funcionarios, mientras que sí son objeto de protección singularizada el Gobierno de la Nación, el Consejo General del Poder Judicial, El Tribunal Constitucional, El Tribunal Supremo, los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, Cortes Generales y Asambleas Autonómicas, ejércitos, etc.

También puede ser una medida adecuada para evitar que la ofensa injuriosa a jueces o magistrados quede sin sanción, siendo necesaria la recuperación de algún tipo de infracción que tendiera a defender de manera objetiva “la imagen de independencia e imparcialidad de la Administración de Justicia, su prestigio en una sociedad democrática y su normal funcionamiento”, como señala el informe de este Consejo sobre los problemas de aplicación del nuevo Código Penal y por considerar que no siempre se consigue el efecto deseado a través de la previsión del artículo 14 de la LOPJ.

⁵⁸⁵ Como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia 143/1991 de 1 de julio (RTC 143\1991), en este tipo de hechos punibles “lo que está en juego no es el honor personal, sino la autoridad de las instituciones públicas, cuya función se ve entorpecida u obstaculizada cuando, injustificadamente o con ligereza, se ataca la honorabilidad o se pone en cuestión la honestidad de sus titulares”.

⁵⁸⁶ Téngase en cuenta que entre los sujetos pasivos de la tentativa de influir sobre las personas a que se refiere el artículo 464.1 CP, no se incluye a los Jueces y Magistrados, seguramente porque su protección penal se alcanza a través del delito de atentado (arts. 550 a 553), consideración aparte de que los actos judiciales realizados bajo violencia o intimidación son nulos de pleno derecho (art. 238.2 LOPJ). Precisamente en los delitos de atentado referidos el bien jurídico protegido es la dignidad de los poderes públicos, entendida funcionalmente como requisito imprescindible de su buen funcionamiento (Vid. STS de 4 de marzo de 2002).

Asimismo hay que reseñar los delitos de desórdenes públicos (arts. 557 y ss CP), en especial el artículo 558 en el que se castiga la trasgresión de las reglas o normas de disciplina y respeto a las que se sujetan las audiencias de Juzgados y Tribunales.⁵⁸⁷ Señalar que la alteración del orden debe ser grave, pues en otro caso daría lugar a la mera falta del artículo 633 CP. Y de la misma forma hemos de ser consciente que en los actos judiciales el Juez o Presidente del Tribunal tiene atribuidas las facultades necesarias para conservar o restablecer el orden en las sesiones, pudiendo corregir en el acto en vía gubernativa, las infracciones que no constituyan delito⁵⁸⁸.

Por último dentro del ámbito de la tutela jurisdiccional penal hemos de hacer mención de la supresión del delito de desacato⁵⁸⁹ en el código penal de 1995. Para muchos la existencia de este tipo no estaba justificada constitucionalmente, puesto que consideraban que no había base o defensa de un plus de injusto y de penalidad impuesto en virtud de la condición de Autoridad o funcionario de quien sufría la calumnia o injuria, especialmente en la modalidad de desacato cometido fuera de la presencia de la Autoridad.

Con la desaparición del desacato, los insultos a autoridades, sus agentes o funcionarios públicos habían de tratarse en su caso como delitos comunes de injuria o calumnia, y por ello, sometidos al régimen de persecución a instancia de parte, si bien las ofensas dirigidas a funcionarios públicos por hechos concernientes al ejercicio de sus cargos sólo requerirán de la previa denuncia del ofendido. No obstante, entendemos que el desacato debió de haber continuado vigente en relación con los Jueces y magistrados, por intentar evitar la cada vez más usual costumbre del insulto o la calumnia libremente lanzados contra los jueces, lo cual ha generado una gran preocupación, pero no ha encontrado acogida.

QUINTERO OLIVARES⁵⁹⁰ sobre esta cuestión del desacato, considera injusto la denuncia de insuficiencia de la legislación penal, pues entiende que la injuria o la calumnia contra un juez en relación con el ejercicio de su función no es impune, sino que constituirá una injuria o calumnia, cual sucedería si se tratara de un ciudadano cualquiera. Es más, ni siquiera se somete al mismo régimen que correspondería si se tratara realmente de un ciudadano cualquiera, habida cuenta que ese ciudadano, si se ve en la situación de defender su honor o dignidad, deberá ejercitar por sí mismo la correspondiente acción penal, pues se trata de delitos estrictamente privados, mientras que los jueces en cuanto funcionarios públicos que son en el ejercicio de sus cargos, basta que con que denuncien el hecho al ministerio fiscal, quien procederá, con lo cual el hecho podrá ser enjuiciado sin necesidad del “impulso personal” procesal del propio juez ofendido. No obstante entiende el autor que es preciso articular en nuestro sistema jurídico un modo acertado de responder a los ataques que rompan el límite de la libertad de expresión y crítica y entren en la descalificación personal injuriosa.

⁵⁸⁷ Vid. STS Sala Segunda, de 27 de septiembre de 1999 (RJ 1999\7050).

⁵⁸⁸ Vid. Arts. 190.1 LOPJ; 684 LECrim y 42 LO 2/1989 Procesal Militar.

⁵⁸⁹ Vid. Por todos JIMENEZ SÁNCHEZ, M. J., “*Los delitos de desacato en el código penal Español*”, Ed. Edersa, Madrid 1992.

⁵⁹⁰ QUINTERO OLIVARES, G., *Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial*, Poder Judicial, Nº Especial, 1999, pág. 355.

Hemos de recordar, por último, y como ya hemos hecho anterioridad, que el legislador despenalizó en España el Delito de Desacato, quizás en la creencia que era inconstitucional. No obstante hemos de tener en cuenta que el TC nunca señaló la inconstitucionalidad de este tipo, lo que si señaló en el caso de las “injurias al Rey” (STC 20/1990 RTC 1990\20 de 15 de Febrero) es que una pena privativa de libertad de hasta seis años para reprimir esta conducta era desproporcionada. Pero una cosa es la desproporción de la pena y otra la posibilidad de articular otras modalidades penales como multa para proteger la autoridad e imparcialidad de los tribunales

10.5. Tutela de la función jurisdiccional por el sistema de responsabilidad disciplinaria.

Como sabemos la responsabilidad judicial es de tres tipos, civil, penal y disciplinaria, pudiendo entender que los dos primeros tipos carecen de gran relevancia práctica, hemos de convenir que todo el peso de la responsabilidad judicial como contrapeso de la independencia judicial se centra en la responsabilidad disciplinaria. Por ello no quisiera acabar este epígrafe, sin hacer mención del mecanismo de tutela de la función jurisdiccional que significa el sistema de responsabilidad disciplinaria, definido en el punto VIII de la Exposición de Motivos de la LO 16/1994 de 8 de noviembre que modifica la LOPJ de 1985, de “instrumento indispensable para el deferido aseguramiento de la independencia judicial”.

Dice ACOSTA GALLO⁵⁹¹, que el poder de los jueces es independiente en su ejercicio, pero no en su origen, que es vicario. Viene a decir, como ya señaló antes SAINZ DE ROBLES⁵⁹², que el artículo 1.2 de la Constitución Española establece como pieza maestra de la construcción del Estado que todos los poderes de éste emanan del pueblo español. De esa forma, se está aludiendo a la figura del apoderamiento, que en el caso del poder judicial se reitera bajo la fórmula del artículo 117.1, “la justicia emana del pueblo”, y el apoderamiento, arrastra, con la idea básica de rendición de cuentas, la de responsabilidad en su más amplio sentido. Como dice ACOSTA GALLO, “la trascendencia jurídica y política de la labor jurisdiccional es superlativa, pues los jueces son corresponsables de un mejor desarrollo y cumplimiento del ordenamiento jurídico”⁵⁹³.

De hecho, la tarea de los jueces tiene una proyección social que en los últimos años ha venido siendo magnificada por los medios de comunicación, proyección social que supera con mucho la tan manida “judicialización de la política”⁵⁹⁴. Es por ello que

⁵⁹¹ ACOSTA GALLO, P. *La responsabilidad del Estado-Juez*, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid 2005, pág. 38.

⁵⁹² SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, F. C.; “*El poder Judicial en la Constitución*”, en la obra colectiva *El Poder Judicial*, Vol. I. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, págs. 26 y 27.

⁵⁹³ ACOSTA GALLO, P. *La responsabilidad del Estado-Juez*, Op. Cit. pág. 38. Vid. en el mismo sentido ALMAGRO NOSETE, J., “*El sistema español de responsabilidad judicial*”, en la obra Colectiva *El Poder Judicial*, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 490.

⁵⁹⁴ Es cotidiano en cualquier medio de comunicación encontrar, escuchar y ver noticias, en las que con tintes de escándalo se abordan decisiones judiciales aparentemente disparatadas, injustas, o simplemente erróneas.

en nuestro sistema jurídico, en el que la configuración constitucional del poder judicial contempla un modelo en el que el valor de independencia del juez ocupa el más alto lugar, hay que tener en cuenta que la democracia exige jueces neutrales, inmunes a la tentación de interpretar la ley siguiendo criterios políticos, partidistas o ajenos a su letra, por lo que la protección de la independencia del juez no opera como una garantía personal, sino como una garantía del propio sistema.

No hemos de olvidar que una independencia irresponsable es el marco adecuado para la arbitrariedad, y por ello nuestro texto constitucional complementa la independencia del juez con un sistema de responsabilidad, así pues la independencia protege la labor jurisdiccional del juez, pero en ningún caso supone inmunidad de poder. Como los demás poderes, el poder judicial recibe su legitimación del servicio al ciudadano y a la Comunidad y aquí hemos de recordar las palabras de SAINZ DE ROBLES, cuando decía que “el buen funcionamiento de la Justicia requiere no sólo que los jueces dicten sentencias justas, sino también que se ganen y conserven la confianza de los ciudadanos”⁵⁹⁵. En definitiva la independencia y la responsabilidad son dos principios instrumentales que sirven a un mismo fin: la sumisión única al ordenamiento jurídico de la labor del juez⁵⁹⁶.

Por otro lado señala DIEZ-PICAZO⁵⁹⁷, que frente a la aparente contradicción entre la independencia del juez y su responsabilidad, hay que afirmar que la antítesis entre ambas es una cuestión de límites, no de principios. Esto permite que ambos principios, el de independencia y el de responsabilidad, convivan en el mismo precepto, el artículo 117 de la Constitución, norma que configura las características esenciales del modelo de Magistratura. Y ambos principios se han de armonizar en su justa medida desde la coherencia del modelo constitucionalmente configurado.

CASAS Y RUIZ DEL ARBOL⁵⁹⁸, distingue entre una jurisdicción judicial y una jurisdicción disciplinaria, siendo la primera la que se ejercita “sobre todos los ciudadanos mediante el procedimiento adecuado y tiende a mantener la ley, el orden y la disciplina social, sancionando actos o infracciones que afectan al bien general, o bien declarando derechos subjetivos, previamente sancionados en las leyes”, y en su opinión, la segunda, la jurisdicción disciplinaria tiene la función de “mantener el buen orden orgánico o funcional y jerárquico de las Instituciones o Cuerpos profesionales a que se aplica, como la que existe incluso dentro del propio Cuerpo judicial, o bien el buen funcionamiento de los sistemas procesales, y se ejerce por órganos jurisdiccionales de plano sobre las personas intervinientes o presentes in situ en los actos del proceso”. Por su parte PRIETO-CASTRO⁵⁹⁹ sostiene que la jurisdicción disciplinaria gubernativa es

⁵⁹⁵ SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, F. C.; “*El poder Judicial en la Constitución*”, en la obra colectiva *El Poder Judicial*, Op. Cit., págs. 36.

⁵⁹⁶ VIVES ANTÓN, T. S.; “*La responsabilidad del juez en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*”, en Documentación Jurídica, núm. 45-46, 1985, pág. 340.

⁵⁹⁷ DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I.; *Poder Judicial y responsabilidad*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1990, pp. 41 y 42.

⁵⁹⁸ CASAS Y RUIZ DE ARBOL, F. *Jurisdicción Disciplinaria Gubernativa*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1963. Pág. 11

⁵⁹⁹ PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal*, Tomo I, 1952. Págs. 342 y 342.

la responsabilidad disciplinaria profesional que las leyes establecen “para procurar que la Judicatura conserve pureza suficiente e impedir que la sociedad y los justiciables puedan abrigar dudas acerca del ejercicio completo, honesto e imparcial de las funciones jurisdiccionales”.

La necesidad de un control de la actuación judicial, tiene en la legislación española, antecedentes muy remotos, como nos recuerda CASAS Y RUIZ DEL ARBOL⁶⁰⁰, y más ampliamente RUBIO⁶⁰¹ en su monografía sobre la inspección de Tribunales. En este sentido ya en Las Leyes de Partidas, se habla de los Jueces pesquisidores implantándose desde los tiempos medievales la creación de hombres buenos, que andaban por los territorios para observar como se administraba la justicia, es decir llevando cabo visitas de inspección a Jueces y Tribunales, labor esta que recayó en el Consejo de Castilla (una vez se reunificaron los reinos), que llega a tener la facultad de ordenar los juicios llamados de “residencia” para los funcionarios que cesaban⁶⁰².

Sin querer entrar en una descripción pormenorizada pues consideramos que el tema requiere un trabajo y estudio específico, si queremos señalar las nuevas conductas objeto de represión disciplinaria, distinguiendo;

10.5.1. En lo que afecta a la relación del juez con otros órganos institucionales y con autoridades.

- Desatención a los requerimientos.

Se tipifica como falta leve la desatención a los requerimientos que en ejercicio de sus legítimas competencias realizasen el CGPJ, o los Presidentes del TS, AN, TSJ o de sus Salas de Gobierno (art. 419.5 LOPJ), esta falta será grave si la desatención es reiterada, o se obstaculizan las funciones inspectoras de éstos (art. 418.12 LOPJ). Solo se puede cometer esta falta si la desatención se produce respecto de los órganos o autoridades que dice el precepto. Por tanto si el requerimiento procede del Presidente de la Audiencia Provincial o de una Sala de un Tribunal no se produce esa falta. Sería posible la comisión de la falta prevista en el artículo 419.2 de la LOPJ como falta leve al ser en todo caso una desatención. Como ya hemos señalado si existe reiteración en la desatención la falta es grave, si no concurre es leve. Ahora bien el incumplimiento a los requerimientos siempre es falta grave y no requiere que sea reiterado. La diferencia estriba en que el incumplimiento implica una actitud deliberadamente rebelde a dar cumplimiento al requerimiento, mientras que la desatención equivale a descuido y abandono, de ahí que en este caso la norma exija que sea reiterada. También es falta grave siempre la obstaculización de las funciones inspectoras de esos mismos órganos y autoridades.

⁶⁰⁰ CASAS Y RUIZ DE ARBOL, F. *Jurisdicción Disciplinaria Gubernativa*, Op. Cit., pag. 117.

⁶⁰¹ RUBIO, R., *La Inspección de Tribunales*, Op. Cit.

⁶⁰² Esto se aplicó de manera muy severa en todo lo relativo a las Indias, en donde todos los funcionarios quedaban en suspensos del servicio hasta que se publicase la sentencia sobre su actuación, en todo lo cual entendía el Consejo de Indias como materia propia de su competencia territorial.

Se exige que los órganos y autoridades que reclaman la actuación de los Jueces y magistrados actúen en el ejercicio de sus competencias, que el requerimiento sea efectivo y personalmente recibido y que el requerido omita su cumplimiento sin justificación alguna.

- Obstaculización de las labores de inspección.

Por lo que se refiere a la obstaculización de las labores de inspección (art. 418.12 in fine LOPJ) se trata de una falta que destaca la preocupación del legislador de proteger la normalidad de ejercicio de las facultades inspectoras, hasta el punto de apreciarse una especie de exacerbación de faltas por este motivo. Desde un punto de vista técnico la ubicación correcta del ilícito disciplinario es la recogida en el citado número 12. Es evidente que toda obstaculización de las labores inspectoras es una especie de género del incumplimiento o desatención a los requerimientos, como se puede observar en los hechos que hubo de analizar el Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de febrero de 2003, donde se observa el incumplimiento por parte del Presidente de una Sección a varios requerimientos del Presidente de la Audiencia y del Inspector Delegado del Consejo General del Poder Judicial para que facilitarse determinados procedimientos a los efectos de la visita que se estaba realizando.

Debe observarse que el precepto habla de “obstaculizar” lo que viene a significar que para la comisión de la falta es necesaria una conducta real y cierta con entidad para interponer dificultades a las tareas de inspección, lo que excluye del ilícito la falta de colaboración en las tareas de inspección. En definitiva se sanciona la conducta deliberadamente rebelde, manifestada por actos u omisiones, que tengan la consecuencia de obstaculizar las labores inspectoras.

- Dirigir a los poderes, autoridades, funcionarios públicos o corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos invocando la condición de Juez o sirviéndose de esta condición.

También se sancionan como falta grave, el dirigir a los poderes, autoridades, funcionarios públicos, o Corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos, invocando la condición de Juez o sirviéndose de esta condición (art. 418.3 LOPJ). Se trata de proteger y sancionar el deber de neutralidad de los Jueces y Magistrados. Se predica respecto de otros poderes, autoridades, funcionarios públicos o corporaciones oficiales. Se incumple este deber tanto al dirigir felicitaciones como al dirigir censuras a los referidos destinatarios por los actos que realice, invocando su condición de Juez o sirviéndose de esa condición. Se trata de evitar situaciones que comprometan la independencia de los Jueces y Magistrados, entrando en un debate extraño al ejercicio de su función, que en la consideración social se puede ver empañada por una proximidad o lejanía excesivas respecto de esos poderes públicos, autoridades o corporaciones⁶⁰³.

⁶⁰³ En este sentido NIETO considera “sorprendente” el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2003 que “deja constancia expresa de su satisfacción por el anuncio del compromiso matrimonial de SAR. D. Felipe de Borbón y Grecia, Príncipe de Asturias y Heredero de la Corona de España, y de Dña. Leticia Ortiz Rocasolano y felicita a los próximos contrayentes con tal motivo así como a sus augustos padres SS.MM. el Rey D. Juan Carlos y la Reina Dña Sofía, con expresión de su respeto a la Corona y de sus mejores deseos a la familia Real”, señala el autor, que bien es cierto que “ni los reyes ni la familia real ni el príncipe de Asturias ni Dña. Leticia son funcionarios públicos o corporaciones oficiales; pero ya no es tan seguro que la Corona no sea un poder o que las

No se trata de una reducción excesiva de la libertad de expresión de los Jueces y Magistrados, puesto que como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de julio de 1999 (Recurso 617/1998), “la libertad de expresión, consagrada en el artículo 20.1.a) de la Constitución, llamada también libertad de opinión, de pensamiento o ideológica, tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio en el que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor, y que esa libertad ampara la crítica del comportamiento de quien ostenta un cargo público, incluso la molesta, acerba o hiriente, pero quien la ejerce no puede olvidar que dicha libertad, como los demás derechos y libertades fundamentales, no es absoluta”, y añade que “el Tribunal Constitucional también ha declarado que hay sectores o grupos de ciudadanos sometidos a límites más estrictos o específicos en cuanto al ejercicio del Derecho a la libertad de expresión, por razón de la función que desempeñan”, siguiendo esa misma línea ya manifestada por el TEDH (Sentencia del Tribunal Constitucional 270/1994).

El Tribunal Constitucional en Auto de 20 de noviembre de 2002 (ATC 2002\224), dictado en el recurso de inconstitucionalidad 5550/2002, dice de una manera muy genérica que “ciertamente los Jueces y Magistrados gozan del derecho de expresar libremente sus ideas y opiniones, sin perjuicio, de los deberes de discreción y reserva cuando éstas guardan relación con los asuntos sometidos a su jurisdicción”, citando al respecto las sentencias del TEDH de 24 de febrero de 1999 (Caso Haes et Gijssels contra Bélgica), de 16 de septiembre de 1999 (Caso Buscemi contra Italia), y del propio Tribunal Constitucional (sentencias 46/1998 de 2 de marzo y 162/1999 de 27 de septiembre). Sin embargo no podemos deducir de esta resolución que el Tribunal Constitucional entienda que un Juez o Magistrado sólo vulnera este deber cuando las felicitaciones o censuras que realiza a otra autoridad lo sea exclusivamente en el ejercicio de su cargo. En efecto, los deberes de discreción y reserva se encuentran en un plano diferente al deber de neutralidad, por lo que no es una técnica muy correcta ponerlos en esa aparente relación. Quizás se deba a que en el auto referido el Tribunal Constitucional analizaba las causas de abstención y recusación de uno de sus miembros, y de manera indirecta la libertad de expresión de los Jueces y Magistrados.

De todos modos, se puede sostener que no se está ante una limitación de la libertad de expresión de los Jueces y Magistrados que carezca de fundamento. Debe tenerse en cuenta que puede suceder que los afectados por la censura o felicitación pueden verse afectados directa o indirectamente por un proceso que se siga en el órgano judicial servido por el Juez o Magistrado en cuestión. También es una cuestión relevante que los Jueces y Magistrados tienen, por exigencia constitucional, la nota fundamental de la independencia, que le es concedida no como un derecho o beneficio propio, sino en interés exclusivo de los ciudadanos. Pues bien, esa independencia se ve comprometida cuando un Juez, con expresión de su condición o prevaliéndose de ella, realiza los actos en cuestión. En definitiva, el equilibrio, la lejanía del debate público y la abstención de estos comportamientos vienen a ser circunstancias que fortalecen la independencia judicial y que por ello son protegidas a través de la vía disciplinaria.

personas indicadas no sean autoridad”, en cualquier caso, NIETO considera que se trata de una declaración de inequívoca relevancia política que va más allá de la mera cortesía, por lo que para él infringe el espíritu, cuando no la letra de la prohibición. Vid. NIETO, A. *El desgobierno del poder judicial*, Op. Cit. pág. 145-146.

Es evidente también por otra parte que los Jueces y Magistrados conservan su libertad de expresión y opinión en la esfera personal de su vida en la que no tiene presencia su cargo o función judicial. Así en una actividad docente o científica no cabe negar que el Juez o Magistrado pueda criticar ciertas leyes o normas, su aplicación o interpretación, o ciertas teorías jurídicas que pudieran ser fundamentos de autoridades o corporaciones.

Un último matiz que debe hacerse es que no constituye falta disciplinaria en modo alguno cuando esa crítica se produce con ocasión y en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, en cuyo seno se realiza frecuentemente una crítica de las actuaciones de los poderes públicos, autoridades, funcionarios y corporaciones, que se pueden declarar como nulas, irregulares o no ajustadas a derecho.

Si la condición de Juez se esgrime abusivamente para obtener un trato favorable o injustificado de autoridades, funcionarios o profesionales, la falta pasa a ser muy grave (art. 417.13 LOPJ). Este precepto requiere que se den tres elementos: en primer lugar que se produzca una situación de abuso de la condición de Juez, lo que requiere a su vez que se conozca de antemano esa concreta condición profesional, prevaleciéndose de la misma de una manera abusiva. En segundo lugar que dicha condición de Juez se esgrima, abusivamente, con la específica finalidad de obtener un trato favorable e injustificado, y en tercer lugar, que la conducta en cuestión vaya dirigida a autoridades, funcionarios públicos y profesionales.

Digamos también que la expresión “funcionarios” a que se refiere el referido precepto, debe entenderse realizada, según criterio consolidado en el ámbito del Derecho Penal y del Derecho administrativo sancionador, a funcionario público en sentido amplio, incluyéndose en ese concepto tanto a los llamados funcionarios de carrera, como a los denominados funcionarios de empleo, e incluso al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y de cualquier entidad prestataria de servicios públicos, así como al personal adscrito a toda organización que desempeñe una función de dimensión oficial y de relevancia jurídico-pública⁶⁰⁴.

10.5.2. En materia de incompatibilidades.

- Ejercicio de actividades compatibles sin la correspondiente autorización.

Se entiende como falta grave (art. 418.14 LOPJ) el ejercicio de actividades compatibilizables, de las previstas en el artículo 389.5 LOPJ, sin obtener la pertinente autorización cuando así esté previsto, o habiéndola obtenido con falta de veracidad en los presupuestos alegados⁶⁰⁵.

⁶⁰⁴ Vid. sobre el concepto de funcionario las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fechas de 19 de diciembre de 1990 (RJ 1990\10224), 14 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8789) y 4 de diciembre de 2001 (RJ 2002\792), que han declarado que el concepto de funcionario público se extiende a “todo aquél que por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas”. Esta es la definición de funcionario público, a efectos penales, del 24.2 C.Penal.

⁶⁰⁵ Habrá que analizar como se concilia el último inciso del art. 418.14 de la LOPJ con lo previsto en el número 11 del art. 417 del mismo texto legal que califica como falta muy grave el faltar a la verdad en las solicitudes de declaración y compatibilidad.

Por otro lado se reputa falta muy grave el ejercicio de cualquier actividad incompatible con el cargo de Juez o Magistrado, de las establecidas en el art. 389 LOPJ (Art. 417.6 LOPJ).

La determinación fáctica de este ilícito disciplinario requiere concretar las diferentes actividades incompatibles con el cargo de Juez o Magistrado, a tales efectos habremos de estar a lo dispuesto en el art. 389 de la LOPJ que señala que dicho cargo es incompatible: “1. Con el ejercicio de cualquier otra jurisdicción ajena a la del Poder Judicial. 2. Con cualquier cargo de elección popular o designación política del Estado, Comunidades Autónomas, provincias y demás entidades locales y organismos dependientes de cualquiera de ellos. 3. Con los empleos o cargos dotados o retribuidos por la Administración del Estado, las Cortes Generales, la Casa Real, Comunidades Autónomas, provincias y demás entidades locales y organismos dependientes de cualquiera de ellos. 4. Con los empleos de todas clases en los tribunales y juzgados de cualquier orden jurisdiccional. 5. Con todo empleo, cargo o profesión retribuida, salvo la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y las publicaciones derivadas de aquella, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. 6. Con el ejercicio de la Abogacía y de la Procuraduría. 7. Con todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido. 8. Con el ejercicio de toda actividad mercantil, por sí o por otro. 9. Con las funciones de director, gerente, administrador, consejero, socio colectivo o cualquier otra que implique intervención directa, administrativa o económica en sociedad o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género”.

El art. 417.6 in fine de la LOPJ diferencia de forma expresa, a los concretos efectos del tipo disciplinario en cuestión, las actividades incompatibles anteriormente aludidas (es decir las enumeradas en el art. 389 de la LOPJ) de las actividades que puedan constituir falta grave conforme a lo establecido en el art. 418.14 de la misma LOPJ, es decir, el ejercicio de actividades compatibilizables, reguladas en el referido art. 389.5 de la propia LOPJ, sin haber obtenido la preceptiva autorización o habiéndola obtenido faltando a la verdad en los respectivos presupuestos en cada caso alegados⁶⁰⁶.

- **Promover el nombramiento para Juzgados y Tribunales o mantenerse en el desempeño del cargo en dichos órganos cuando no proceda.**

Y asimismo se considera como falta muy grave (art. 417.7 LOPJ) el provocar el propio nombramiento para Juzgados o Tribunales cuando concurra alguna de las situaciones de incompatibilidad o provisión previstas en los artículos 391 a 393, o

⁶⁰⁶ Por lo demás, el régimen jurídico del sistema de incompatibilidades de los miembros de la Carrera Judicial para el desempeño de un segundo puesto de trabajo viene determinado, además de por la citada Ley de Incompatibilidades (de conformidad con el art. 389.5 in fine de la LOPJ) por los artículos 262 y siguientes del Reglamento de la Carrera Judicial, en cuestiones tales como los órganos competentes (art. 264 RCJ), limitaciones materiales y temporales (art. 266 y 267 RCJ), procedimiento para la tramitación y resolución de solicitudes referentes a la compatibilidad tanto de actividades públicas (art. 270 RCJ), como de actividades privadas (Artículo 278.2 RCJ), actividades exentas del propio régimen de incompatibilidades (artículos 281. y 282 RCJ) y en fin, los mecanismos de impugnación de las resoluciones adoptadas en materia de las referidas incompatibilidades (Art. 283 RCJ).

mantenerse en el desempeño del cargo en dichos órganos sin comunicar al CGPJ las circunstancias necesarias para proceder al traslado forzoso previsto en el artículo 394 de la LOPJ.

Como se observa la infracción disciplinaria tipificada en el art. 417.7 de la LOPJ presenta dos supuestos; en primer lugar, provocar el propio nombramiento para Juzgados y Tribunales cuando concurra en el nombrado alguna de las situaciones de incompatibilidad o prohibición señaladas en los artículos 391 a 393 de la propia LOPJ; y en segundo lugar, mantenerse en el desempeño correspondiente al cargo, en dichos Juzgados y Tribunales, sin poner en conocimiento del CGPJ las circunstancias necesarias para proceder al traslado forzoso a que se refiere el art. 394 de la LOPJ.

Por lo que se refiere a la primera de las modalidades antes referida. El art. 391 de la LOPJ dispone que “no podrán pertenecer a una misma Sala de Justicia o Audiencia Provincial, Magistrados que estuviere unidos por vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente, o tuvieren parentesco entre sí dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, salvo que, por previsión legal o por aplicación de lo dispuesto en los artículos 155 y 198.1 de esta ley existieren varias secciones, en cuyo caso podrán integrarse en secciones diversas, pero no formar Sala juntos”. Esta prohibición es también de aplicación, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 391 de la LOPJ a la formación de las Salas de Gobierno de los distintos Tribunales.

Por su parte, el artículo 392 de la LOPJ dispone que “los Jueces o Magistrados no podrán intervenir en la resolución de recursos relativos a resoluciones dictadas por quienes tengan con ellos alguna de las relaciones a que hace referencia el artículo anterior, ni en fases ulteriores del procedimiento que, por su propia naturaleza, impliquen una valoración de lo actuado anteriormente por ellas”⁶⁰⁷.

Por lo que se refiere al artículo 393 de la LOPJ, en el mismo se abordan dos supuestos de prohibiciones de Jueces y Magistrados con respecto al desempeño de cargos judiciales en Salas de Tribunales y Juzgados donde ejerzan habitualmente, como abogado o procurador, su cónyuge o un pariente dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, y donde dichos cónyuge o parientes tengan intereses económicos o arraigo que pudiera obstaculizar el imparcial ejercicio de la función jurisdiccional. Estas prohibiciones no afectarían en el primer caso citado a poblaciones donde existan diez o más Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, o Salas con tres o más Secciones; y, en el segundo supuesto mencionado, a poblaciones superiores a cien mil habitantes. Además, el artículo 393.3 de la LOPJ regula la prohibición del ejercicio de la función jurisdiccional en las Audiencias o Juzgados en que se hubiere ejercido la abogacía o el cargo de Procurador en los dos años anteriores al nombramiento de Juez o Magistrado.

⁶⁰⁷ Desde este planteamiento, el propio artículo 392 de la LOPJ desarrolla el deber de abstención sobre este particular, contemplando las diversas incompatibilidades en el ejercicio de determinados cargos judiciales y en relación tanto con miembros del Ministerio fiscal como con Secretarios Judiciales y con el personal al Servicio de la Administración de Justicia, en los casos y en los términos preceptuados en el párrafo segundo del mismo artículo 392.1 de la LOPJ así como en el apartado 2 de dicho artículo.

Por último y en lo que se refiere a la segunda modalidad antes mencionada (mantenerse en el desempeño del correspondiente cargo judicial sin poner en conocimiento del CGPJ las circunstancias necesarias para proceder al traslado forzoso), el artículo 394 de la LOPJ determina que quedará sin efecto el nombramiento que pudiera dar lugar a cualquiera de las situaciones de incompatibilidad anteriormente indicadas, destinándose con dicho carácter forzoso al correspondiente Juez o Magistrado. Si la situación de incompatibilidad obedeciera a circunstancias sobrevenidas, deberá estarse a lo dispuesto en el art. 394.2 de la LOPJ.

10.5.3. En relación al secreto de las actuaciones.

Nos ocupamos aquí del aspecto disciplinario del incumplimiento del denominado deber de secreto que incumbe a Jueces y Magistrados, remitiéndonos para la conformación y perfiles de dicho deber al epígrafe que en la primera parte de este trabajo dedicamos al mismo dentro de los deberes de Jueces y Magistrados.

Se entiende falta grave (418.8 LOPJ), revelar hechos o datos por el Juez o Magistrado, conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta. Y dicha falta será muy grave, si tal revelación causa algún perjuicio a la tramitación del proceso o a cualquier persona (art. 417.12 LOPJ).

El deber de sigilo profesional adquiere especial relevancia en el ejercicio de funciones profesionales como es la judicial, habida cuenta que se hace necesario salvaguardar derechos e intereses jurídicos de terceros, impidiendo la divulgación de informaciones confidenciales y del mismo derecho a la intimidad, garantizando la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial.

No se trata tanto de proteger el secreto de las actuaciones judiciales, la reserva que debe presidirlas, se trata más bien de garantizar el cumplimiento del deber de sigilo profesional, de observar una conducta intachable que sea garantía para el ciudadano cuyos hechos, datos, conducta e historia personal quedan depositados en los expedientes profesionales. Por ello la falta se comete aunque el dato o hecho que revele el Juez ya sea conocido por otros medios: ese conocimiento no exime al Juez de su deber de sigilo.

En la cuestión que nos ocupa es de gran importancia lo que señala nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala Tercera de 23 de marzo de 1998 (RJ 1998\3023), cuando dice que “el conocimiento por la opinión pública a través de su difusión por los medios de comunicación de hechos o datos relacionados con la función jurisdiccional, no excluye la posibilidad de que la infracción del art. 417.12 de la LOPJ pueda ser cometida mediante una posterior y expresa revelación de los mismos por parte del titular del órgano jurisdiccional, pues una cosa es que personas ajenas al proceso en curso puedan intuir por rumores o filtraciones indebidas lo que ocurre en el proceso, y otra muy diferente que se exponga a la opinión pública, mediante una comunicación realizada a un medio de gran difusión, por el máximo responsable de la investigación, lo que personalmente está haciendo en el proceso, ya que mediante esta actuación se atribuye plena verosimilitud a las noticias”⁶⁰⁸.

⁶⁰⁸ Vid. también en el mismo sentido la STS de 14 de julio de 1999 (RJ 1999\3123).

En este tema, sin duda es capital el tener nítido el significado y límites de la libertad de expresión de los Jueces y Magistrados y en este sentido podemos deducir de las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo, Sala Tercera, sección 7ª, que:

a) los integrantes del Poder Judicial, a quienes les resulta exigible un deber especial de lealtad constitucional como miembros de ese Poder del Estado, deben abstenerse de realizar conductas que puedan vulnerar la confianza social en la Justicia.

b) El orden disciplinario judicial no puede quedar limitado a la actuación jurisdiccional en sentido estricto, que normalmente deben desarrollar, de tal suerte que trasciende y alcanza a aspectos ajenos a esa actuación propiamente dicha, por lo que la expresión “en el ejercicio de sus cargos” a que alude el artículo 416.1 LOPJ, no significa en modo alguno que para que la conducta en cuestión sea subsumible en el ámbito disciplinario tenga que haberse realizado, necesaria e ineludiblemente, por el Juez o Magistrado en el concreto ejercicio de actividades de índole jurisdiccional, y

c) La libertad de expresión no ampara en ningún caso el empleo de adjetivos con una inequívoca significación de menosprecio, vejación u ofensa, cuya intensidad es más elevada cuando se imputa a un órgano judicial, difundiendo una imagen de un Tribunal de Justicia que puede quebrantar la confianza social en un poder estatal, que resulta necesaria e ineludible en un sistema democrático⁶⁰⁹.

Por último hemos de señalar que el art. 416.1 de la LOPJ, abarca no sólo la posibilidad de sancionar por vía disciplinaria conductas que se producen fuera de lo propiamente jurisdiccional, sino también otras ajenas a este ámbito pero incluidas en el ejercicio de sus cargos⁶¹⁰.

Volviendo al art. 417.12 de la LOPJ, hemos de considerar que realizando una interpretación gramatical de dicho precepto, la mencionada revelación de hechos o de datos conocidos en el ejercicio de la función jurisdiccional o con ocasión de dicho ejercicio, requiere que se haya producido algún tipo de perjuicio a cualquier persona o a la tramitación de un determinado proceso.

10.5.4. En cuanto al deber de fidelidad de la constitución.

Como ya hemos referido en otro lugar hay un precepto de especial relevancia que no hemos de obviar⁶¹¹, es el número 1 del artículo 417 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que señala como falta muy grave “el incumplimiento consciente del deber de

⁶⁰⁹ Tengamos en cuenta por otra parte que las Sentencias del TEDH de 24 de febrero de 1997 (TEDH 1997\12), 16 de septiembre de 1999 (TEDH 1999\35) y 28 de octubre de 1999 (TEDH 1999\51), así como las del Tribunal Constitucional de 2 de marzo de 1998 (RTC 1998\46) y 27 de septiembre de 1999 (RTC 1999\171), y el acuerdo del Pleno del propio Tribunal Constitucional de 6 de marzo de 2003, han puesto de relieve que los Jueces y Magistrados, en cuanto ciudadanos, gozan del derecho de expresar libremente sus ideas y opiniones, sin perjuicio de los deberes de discreción y reserva que deben observar cuando tales ideas y opiniones guarden relación con los asuntos sometidos a su jurisdicción.

⁶¹⁰ Así resulta expresamente de la definición de los tipos contenidos en los artículos 417 a 419 de la LOPJ, y así lo ha reconocido también la jurisprudencia de la Sala Tercera, Sección 7ª del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2002 (RJ 2002\10731), entre otras.

⁶¹¹ GABALDÓN LÓPEZ, J. *Responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados*, Op. Cit. págs. 1001.

fideliad a la Constitución establecido en el artículo 5.1. de esta Ley, cuando así se apreciare en sentencia firme”.

Como ya advertimos este precepto hace referencia al art. 5.1 de la LOPJ, el cual no establece ninguna forma o tipología de fidelidad a la constitución, siendo una frase carente de sentido jurídico y por el contrario con mucho voluntarismo político. Lo que el art. 5.1 señala concretamente es los siguiente: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Podemos afirmar que se trata de una norma jurídica que intenta exponer, explicar o aplicar la fuerza vinculante de la Constitución respecto del quehacer de los Jueces y Tribunales y, al mismo tiempo, establece el carácter vinculante de la interpretación formulada por el Tribunal Constitucional en aplicación de la Constitución o amparando derechos fundamentales. Es por ello por lo que se puede calificar a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de fuente del derecho⁶¹².

El que un Juez decida de forma consciente y voluntaria dejar de aplicar, o aplicar en base a una interpretación absurda una auténtica fuente del derecho validamente producida, dará lugar no sólo a que su resolución sea revocable en vía de recurso, sino a que su conducta misma sea antijurídica y constitutiva de delito, y por lo tanto punible. Pero esto no tiene nada que ver con el precepto disciplinario que estamos tratando, y es que exigir una sanción disciplinaria de aquella gravedad a algo tan inconsistente como “el incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución”, parece una exigencia sacada fuera del marco jurídico⁶¹³.

Se reputa como falta muy grave el incumplimiento del deber de fidelidad a la constitución, cuando así se apreciare en sentencia firme (art. 417.1 LOPJ). Sobre esta cuestión ya tratamos específicamente al ocuparnos de las injerencias del Gobierno del Poder Judicial por vía de las normas disciplinarias en la actuación de jueces y magistrados en donde dedicamos, por su importancia, un apartado concreto al caso del art. 417.1 LOPJ. Recordemos aquí que para evitar que cualquier infracción del texto constitucional pueda ser calificada como falta muy grave del expresado artículo 417.1 LOPJ, es necesario que se esté en presencia de un incumplimiento manifiesto y consciente de dicho deber de fidelidad que, además, haya sido apreciado así mediante sentencia firme⁶¹⁴.

Por otro lado la interpretación del art. 417.1 de la LOPJ, presenta serios problemas, como puede ser determinar lo que ha de entenderse por “deber de fidelidad a la Constitución”, y asimismo el incumplimiento de esta mandato, como ya hemos dicho,

⁶¹² Véase en este sentido a DE OTTO, I. en *Derecho Constitucional*, págs. 259 y 296, y a DIEZ PICAZO, L. M., *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 128. A ello, según algunos autores, se opondría el hecho de su falta de uniformidad.

⁶¹³ Ni siquiera la prescripción de que haya de apreciarse en sentencia firme (introducida a petición de las asociaciones profesionales) es suficiente para paliar los efectos distorsionantes de este precepto.

⁶¹⁴ Vid. Sentencias de la Sala Tercera, sección 7ª del Tribunal Supremo de fechas 25 de noviembre de 2002 (J 2002\10511) y 17 de marzo de 2003 (RJ 2003\3115).

ha de ser consciente, es decir que se resuelva fuera o en contra de lo previsto en alguna norma constitucional apartándose de la interpretación formulada por el Tribunal Constitucional. Y para conocer si esta actividad constituye y conforma una infracción tan grave que determine la imposición de una sanción será preciso contrastar la resolución judicial con la doctrina del Tribunal Constitucional, y esto constituye una actividad interpretativa del ordenamiento en la que el criterio de un órgano administrativo podría revisar los fundamentos expuestos por el órgano judicial. Sólo esto constituye ya un límite a la independencia. Sus consecuencias lo son más, porque la amenaza legal de esta sanción puede por sí sola ser suficiente para condicionar la libertad de enjuiciamiento: y su aplicación práctica abre por otra parte la puerta a intromisiones más graves, que podrían tener lugar en relación, no con criterios generales, sino con casos concretos.

10.5.5. Respeto de la prohibición de afiliación a partidos políticos o sindicatos, o el desempeño de empleos o cargos a su servicio.

Se define como falta muy grave la afiliación a partidos políticos, o sindicatos, o el desempeño de empleos o cargos a su servicio (art. 417.2 LOPJ), en consonancia con lo dispuesto en el artículo 127.1 CE y 395 de la LOPJ.

Como vemos esta prohibición de rango constitucional, a la que nos dedicaremos en la segunda parte de este trabajo en el epígrafe dedicado al derecho de asociación profesional y a afiliación a las mismas, tiene relevancia disciplinaria, como no podía ser de otra manera en un régimen constitucional como el nuestro, en el que uno de los pilares básicos del Estado de Derecho es precisamente la independencia y la imparcialidad judicial.

10.5.6. Como faltas derivadas de la condición funcional del Juez.

Por lo que se refiere a la ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales, infracción disciplinaria prevista en el artículo 417.14 de la LOPJ, dicho supuesto precisa de un desconocimiento, carente por completo de toda justificación, de un aspecto o circunstancia inherente y consustancial al cumplimiento de cualquiera de los mencionados deberes judiciales, tanto en el aspecto jurídico-formal como en la vertiente jurídico-material. Se está aludiendo a una ignorancia inexcusable por ilógica, irracional, arbitraria y disparatada⁶¹⁵.

⁶¹⁵ La ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales no ha de confundirse con cuestiones que, afectando al fondo de los asuntos sometidos a enjuiciamiento, forman parte del ejercicio de la función jurisdiccional y, como tales, son completamente ajenas a la potestad disciplinaria del CGPJ, en aplicación de los artículos 12 y 176.2 de la LOPJ, como de la jurisprudencia consolidada de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala Tercera, sección 7ª de 17 de julio de 1998 (RJ 1998\7042), 8 de junio de 1999 (RJ 1999\5494), 29 de mayo de 2001 (RJ 2001\4440), 7 de febrero (RJ 2002\2953), 24 de septiembre (RJ 2002\8949) y 19 de noviembre de 2002 (RJ 2002\10696), 25 de febrero (RJ 2003\2298), 25 de marzo (RJ 2003\3132), 5 de mayo (RJ 2003\4706) y 11 de noviembre de 2003 (RJ 2004\284), y 4 de mayo de 2004 (RJ 2004\3137), entre otras, en cuya virtud la idea de cuestión jurisdiccional, “como territorio exento de cualquier interferencia del CGPJ” se refiere al ámbito de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que atribuye el artículo 117.3 de la CE a los Juzgados y Tribunales con carácter exclusivo y excluyente.

Cuestión distinta a la ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales es, a nuestro modo de ver, el desacierto de la correspondiente resolución judicial, la simple equivocación en la selección de la norma en cada caso aplicable y el error judicial. En relación con este último, hemos de tener en cuenta que una cosa es la responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados y otra bien

- Deber de asistencia.

Podemos destacar las relativas al deber de asistencia. Su falta puede dar lugar a una infracción leve (más de un día y menos de cuatro art. 419.4 LOPJ) grave (más de tres días y menos de siete, 418.9 LOPJ) o muy grave (siete días o más, 417.10 LOPJ.). Como podemos ver, el aspecto temporal de la falta es lo que produce su calificación en leve, grave o muy grave. No obstante recordemos que para que dicha ausencia pueda ser reprochable disciplinariamente es necesario un presupuesto objetivo que no es otro que se trate de una ausencia no sólo continuada sino también, y especialmente injustificada⁶¹⁶.

Obsérvese también que la falta en cuestión se refiere a la ausencia de la sede, concepto más reducido en términos topográficos, que el de circunscripción. La sede aquí no significa otra cosa que el edificio donde está situado el juzgado o tribunal, y dentro de éste el local concreto donde se ubique el órgano jurisdiccional. Lo cierto es que una interpretación sistemática de la LOPJ lleva a entender que el legislador pretende garantizar la presencia real y efectiva del Juez y Magistrado en la población que sea sede del Juzgado y Tribunal, por la sencilla razón de que es en ella donde se practican las actuaciones judiciales, de acuerdo con el artículo 268 de la LOPJ.

Como falta muy grave procedente del derecho disciplinario común o general, exige para su concreta apreciación, según reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo como la Sentencia de 17 de julio de 1990 (La Ley 5277/21991), de 21 de enero de 1991 (La Ley 13646-R/1991), y 20 de mayo de 1992 (RJ 1991\4291) que se haya producido una falta total, continuada y prolongada de asistencia al servicio encomendado, concretada en la firme voluntad de no volver al respectivo puesto de trabajo y manifestada en una ruptura de facto de la correspondiente relación funcional de servicios.

- Deber de respeto.

Por lo que se refiere al deber de respeto, se trata de infracción leve la falta de respeto a los superiores jerárquicos y la desatención o desconsideración con iguales o inferiores jerárquicos, con los ciudadanos, miembros del Ministerio Fiscal, Médicos Forenses, Abogados, Procuradores, Graduados Sociales, Secretarios Judiciales o demás personal que preste servicios en la Oficina Judicial o con los funcionarios de la Policía Judicial (art. 419.1 y 2 LOPJ). Y será grave la falta de respeto a los superiores jerárquicos si se lleva a cabo en su presencia o en escrito que se les dirija con publicidad (art. 418.1 LOPJ), así como el exceso o abuso de autoridad o la falta grave de

distinta es el error judicial y el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, regulado en los artículos 121 de la CE y 292 y siguientes de la LOPJ Vid. STS Sala Tercera, Sección 1ª de 22 de marzo de 1996 (RJ 1996\2789) y de la Sección 7ª de 10 de julio de 1999 (RJ 1999\5769), 24 de septiembre de 2002 (RJ 2002\7841) y 12 de mayo de 2003 (RJ 2003\4742).

⁶¹⁶ Por otro lado hemos de advertir que el alcance de este tipo disciplinario guarda estrecha relación con el deber de residencia que para Jueces y Magistrados establecen los artículos 370.1 de la LOPJ y 229 y 230 del RCJ, con las excepciones preceptuadas en los apartados 2 y 3 del referido artículo 370 de la mencionada LOPJ.

consideración con los ciudadanos y colectivos antes enumerados (418.5 LOPJ). Asimismo se reputará como falta muy grave (417.3 LOPJ) la provocación reiterada de enfrentamientos graves con las autoridades de la circunscripción en que el juez o magistrado desempeñe el cargo, por motivos ajenos al ejercicio de la función jurisdiccional⁶¹⁷.

Hemos de tener en cuenta, como lo hacen VACAS GARCIA-ALOS y MARTIN MARTIN⁶¹⁸, que tanto las faltas disciplinarias establecidas en los artículos 418.1 y 419.1 de la LOPJ, así como en cierto aspecto la del 417.3 de la LOPJ, no implican respuesta sancionadora alguna a un agravio personal de un Juez a una determinada autoridad o a un concreto ciudadano, sino que, en realidad, suponen una respuesta jurídico-disciplinaria con respecto al proceder observado por un miembro de la Carrera Judicial en relación con las autoridades, ciudadanos y profesionales de la Administración de Justicia, con que pueda tener relación funcional, en la medida en que esa conducta llevada a cabo pueda atentar al buen orden del Poder Judicial y a las correctas manifestaciones externas de los integrantes de ese Poder en el ejercicio de su función jurisdiccional.

- Falta de respeto a los superiores.

En lo que se refiere a la falta de respeto a los superiores en el orden jerárquico (supuestos previstos en el art. 418.1 y 419.1 de la LOPJ), nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 14 de julio de 1999, recoge una síntesis de la misma diferenciando entre el derecho al honor del superior afectado y el respeto al orden que representa la existencia de distintos grados o jerarquías dentro de la organización judicial. Este segundo bien jurídico es el que protege esta falta, y así señala la mencionada sentencia que:

- 1.- El régimen disciplinario judicial no tutela los derechos individuales de jueces y magistrados, entre ellos el derecho al honor, ya que esa tutela la realizan el Derecho penal y el Derecho civil.
- 2.- Lo que tutela o persigue ese régimen disciplinario es el buen orden del Poder Judicial. Y tanto en su funcionamiento interno, como en la proyección de la imagen externa con la que ha de aparecer ante la Sociedad para cumplir con las exigencias constitucionales.
- 3.- Las faltas descritas en los artículos 418.1 y 419.2 de la LOPJ, en coherencia con lo que acaba de afirmarse no pretenden ser la respuesta sancionadora a un agravio personal de un juez a otro juez. Lo son al proceder de un juez en relación a otro juez, pero solo en la medida de que es atentatorio al buen orden del Poder Judicial.

⁶¹⁷ Señala NIETO que en la falta del 417.3 LOPJ, “lo primero que llama la atención es la evanescencia del tipo y la dificultad de la prueba. Enfrentamiento es ya, por sí mismo, un concepto ambiguo, sin olvidar que hay enfrentamientos justificados y aun necesarios en la defensa y ejercicio de la competencia propia. Claro que el núcleo del tipo no es el enfrentamiento sino la provocación, y de aquí la imposibilidad práctica de acreditar –quién es el que empezó; a lo que se añaden, en fin, los adjetivos de reiteración y gravedad”. NIETO, A., *El desgobierno del Poder Judicial*, Op. Cit., pág. 195.

⁶¹⁸ VACAS GARCIA ALOS, L., y MARTIN MARTIN, G., *Manual de Derecho Judicial*, Op. Cit., pag. 92.

- **Uso de expresiones innecesarias e improcedentes, extravagantes o manifiestamente ofensivas e irrespetuosas.**

Relacionada con la falta del 418.5 y 419.2 de la LOPJ, tenemos el supuesto previsto en el 418.6 de la LOPJ, es decir la utilización en las resoluciones judiciales de expresiones innecesarias e improcedentes, extravagantes o manifiestamente ofensivas e irrespetuosas desde el punto de vista del razonamiento jurídico. Este supuesto vendría a ser una especialidad del 419.2 de la LOPJ, que se produce en el seno de las resoluciones judiciales en sentido estricto⁶¹⁹.

- **Falta de diligencia. Desatención en el ejercicio de las competencias judiciales. Retrasos injustificados y reiterados en el inicio, tramitación y resolución de pleitos y causas.**

⁶¹⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2003 (RJ 2003\4923) estima que es importante determinar cuáles han de ser los límites a los que han de ajustarse los términos empleados por las resoluciones judiciales para expresar la argumentación en la que concreten la motivación a la que por imperativo constitucional y legal vienen obligadas (artículos 120.3 de la Constitución y 248 de la LOPJ), y dice al respecto esta sentencia:

“1. Esta argumentación, que es la esencia de la potestad jurisdiccional y su principal factor de legitimación, debe contener todas las calificaciones jurídicas que resulten necesarias o convenientes para explicar con la mayor claridad posible las razones que justifiquen en Derecho los pronunciamientos contenidos en la parte dispositiva de la correspondiente resolución. Y la justificación o no de las palabras y expresiones empleadas con esa finalidad habrá de ser valorada poniendo unas y otras en relación con el grado de tensión dialéctica que haya alcanzado el debate procesal y con el desarrollo argumental contenido en la motivación de la resolución que decida ese litigio.

2. En función de lo anterior, cuando la controversia haya alcanzado una especial intensidad y, simultáneamente, el órgano jurisdiccional advierta una grave falta de fundamento en la posición procesalmente defendida por uno de los litigantes, no podrán considerarse injustificadas o ilegítimas las expresiones gramaticales dirigidas a resaltar con el debido énfasis las razones jurídicas que, a criterio del juez o tribunal, deban conducir a la desautorización o rechazo de tales pretensiones procesales.

Todo ello, sin perjuicio del derecho del litigante a combatir esas razones jurídicas y las apreciaciones fácticas realizadas para apoyarlas, pero siendo el cauce de esta impugnación el sistema de recursos jurisdiccionales y no el mecanismo disciplinario. La exclusividad que constitucionalmente corresponde a Juzgados y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (Artículo 117.3 de la Constitución) impide a los órganos de gobierno del poder judicial extender su labor inspectora a la tarea de interpretación y calificación jurídica que haya sido realizada en el marco del ejercicio jurisdiccional.

3. Serán rechazables en cualquier caso las descalificaciones personales, y también las valoraciones profesionales que sean totalmente ajenas al camino discursivo que haya sido desarrollado para delimitar las razones jurídicas que han de constituir la obligada motivación de la resolución. Pero habrán de ser consideradas inherentes a la tarea de análisis y valoración jurídica que comporta el ejercicio de la potestad jurisdiccional aquellas expresiones que estén en línea de continuidad con el núcleo argumental que la resolución judicial asuma en su motivación, y que vayan dirigidas a reafirmar la contundencia o rotundidad del razonamiento plasmado en esa motivación”.

En definitiva, lo esencial es distinguir entre las expresiones necesarias para la decisión judicial, incluso, que sin ser necesarias en términos estrictos, sean convenientes para ofrecer una información más precisa o extensa de la argumentación, y las que no guardan ninguna relación con esos aspectos.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2000 (RJ 2000\7094), sostiene que no cualquier crítica a la pericia profesional puede ser considerada automáticamente como un atentado a la honorabilidad personal, ya que el juicio de idoneidad profesional no puede producir por sí mismo, una intromisión en el derecho al honor. Si bien, en el caso de que en la resolución judicial en cuestión las expresiones alusivas fueran “innecesarias o improcedentes, extravagantes o manifiestamente ofensivas o irrespetuosas desde el punto de vista del razonamiento jurídico”, los hechos serían constitutivos de la falta grave sancionada en el artículo 418.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En lo que afecta a la diligencia, es falta leve el incumplimiento injustificado o inmotivado de los plazos legales para resolver en cualquier asunto (419.3), es grave (art. 418.11) el retraso injustificado en la iniciación de los procedimientos o causas o en la tramitación (es difícil deslindarlo de la falta leve) y es muy grave la desatención o retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas en el ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales (417.9 LOPJ).

Es preciso pues, concretar el significado y el alcance jurídicos de la falta muy grave de desatención en el ejercicio de competencias judiciales a que alude, por medio de un concepto jurídico indeterminado, el propio artículo 417.9 de la LOPJ. En este sentido hay que destacar la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo que, entre otras, en Sentencias de la Sala Tercera, Sección 7ª, de 14 de julio de 2000, 2 de marzo de 2002 y 4 de junio de 2003⁶²⁰, señalaban que la infracción que nos ocupa se caracteriza por la manifiesta e inexcusable falta de atención en el cumplimiento de cualquiera de los deberes inherentes al ejercicio de la función jurisdiccional, de tal forma que para su concreta apreciación ha de incurrirse necesaria e ineludiblemente en la inobservancia de un específico deber profesional, inobservancia ésta que por lo demás ha de reunir los requisitos de manifiesta e inexcusable, esto es, evidente, palpable y a todas luces demostrativa de que se ha omitido la diligencia minimamente exigible en la normal y generalmente aceptada como debida atención en el despacho y resolución de los correspondientes deberes profesionales.

Hemos de hacer constar también, y en virtud de la STS, Sección 7ª de la Sala Tercera de fecha 2 de marzo de 2002 (RJ 2002\1973), que en el ilícito disciplinario del art. 417.9 de la LOPJ, se encuentra la infracción de falta de atención, de desobediencia o de descuido en el respeto y en el estricto cumplimiento por el Juez inferior de lo que ha resuelto, por vía de recurso, el juez superior, habida cuenta que como se dispone en dicha sentencia, lo que caracteriza al sistema procesal de recursos devolutivos es un criterio de reparto de atribuciones jurisdiccionales, constituido por la específica modalidad de la denominada competencia procesal jerárquica o funcional. Por ello y de acuerdo con la apuntada sentencia, la falta disciplinaria de referencia se concreta en la objetiva desatención a lo resuelto por un Tribunal Superior, lo que no supone ninguna intromisión en las funciones estrictamente jurisdiccionales del Juez, que conservaba, de acuerdo con la repetida sentencia, su plena independencia y su total libertad de criterio para pronunciarse en la correspondiente primera instancia jurisdiccional.

En lo que afecta al aspecto temporal de los deberes inherentes al ejercicio de la función jurisdiccional, debe ponerse de relieve que, según las sentencias de la Sala Tercera, sección 1ª, del Tribunal Supremo, de fechas 11 de junio de 1992, 14 de julio de 1995 y 24 de enero de 1997, y de la Sección 7ª de 11 de marzo y 11 de noviembre de 2003⁶²¹, el contenido de la infracción disciplinaria consistente en el retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación y resolución de procesos o causas, viene constituido por otro concepto jurídico indeterminado cuya concreción se articula a través de cuatro criterios interpretativos que son los siguientes;

⁶²⁰ Vid. STS de 14 de julio de 2000 (RJ 2000\7713), 2 de marzo de 2002 (RJ 2002\1973), y 4 de junio de 2003 (RJ 2003\6322).

⁶²¹ Vid. STS de 11 de junio de 1992 (RJ 1992\4542), 14 de julio de 1995 (RJ 1995\6215), 24 de enero de 1997 (RJ 1997\1236), de 11 de marzo de 2003 (RJ 2003\2656), 11 de noviembre de 2003 (RJ 2004\284).

- 1.- La situación general del Juzgado sobre la plantilla de medios personales y el volumen de asuntos de que conoce,
- 2.- El retraso materialmente existente.
- 3.- La puesta en conexión del retraso con la trascendencia que tenga la actividad retrasada, y por último y muy especialmente en lo que atañe a la determinación del tipo en cuestión,
- 4.- La concreta dedicación del titular del órgano jurisdiccional a su función, de tal suerte que si dicha dedicación existió realmente con el grado y el alcance exigible en términos objetivos y constatables, el retraso producido, por muy grande que sea, no puede ser objeto de reproche disciplinario, dado que dicho retraso (en esos concretos supuestos) no tendría, pues el carácter de injustificado.

Por otro lado, hemos de destacar los rasgos o elementos comunes que presentan los ilícitos disciplinarios derivados de incumplimientos temporales regulados en los artículos 417.9 y 418.11 de la LOPJ, y que conforme a la STS Sala Tercera, Sección 7ª de 7 de febrero de 2003 (RJ 2003\2481), son; una situación objetiva de retraso, el incumplimiento de tiempos procesales y, por último que ese incumplimiento tenga el carácter de injustificado; y como notas diferenciadoras, en el caso del tipo leve, que se trate de retrasos aislados y en el supuesto de los tipos graves y muy graves, que se esté en presencia de un retraso de suma importancia y de gran magnitud –falta muy grave- o, en su caso, que constituya un retraso de relativa importancia –falta grave-.

La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo nos va aquilatando este ilícito disciplinario, y así la STS de 13 de julio de 2004, Sala Tercera, sección 7ª (RJ 2004\5359), señala que los términos “desatención” y “retraso” admiten una pluralidad de interpretaciones gramaticales, que van desde una dejación absoluta y total en el ejercicio de funciones judiciales, comportándose el respectivo Juez o Magistrado como si tales funciones no le correspondieran en absoluto, y en todo casi sin justificación alguna y de forma reiterada (en lo que respecta al retraso) hasta una posible interpretación más amplia y desfavorable, que pudiera incluir en la desatención a cualquier situación de abandono o de dejación. También señala la mencionada sentencia que el retraso ha de ser frecuente y repetido, de tal manera que afecte a una pluralidad de procesos y causas, que denote una actuación general, constante y global del expedientado y no aislada o esporádica⁶²².

- Incumplimiento del horario de audiencia pública.

Respecto de otros deberes, es falta grave el incumplimiento injustificado y reiterado del horario de audiencia pública y la inasistencia injustificada a actos procesales con audiencia pública que estuvieran señalados (art. 418.10 LOPJ). La inasistencia al órgano judicial durante fracciones de tiempo inferiores a los que en sí mismas consideradas darían lugar a la existencia de la falta leve prevista en el artículo 419.4 de la LOPJ si se viene produciendo de una manera prolongada (más de un año) constituyen esta falta.

⁶²² Más recientemente la sentencia también de la Sección 7ª de la Sala tercera del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2004 (RJ 2005\376) ha destacado que el retraso a que alude el artículo 417.9 de la LOPJ requiere de la existencia de tres elementos caracterizadores; 1.- que afecte a la resolución del procesos y causas. 2.- que sea un retraso reiterado, y 3.- que carezca de suficiente justificación.

Como dice el precepto, el incumplimiento del horario de audiencia pública y la inasistencia a los actos procesales con audiencia pública que estuvieran señalados, si fuera injustificada, constituirá falta grave o muy grave, conforme dice el artículo 418.9 LOPJ.

Digamos que los Jueces y Magistrados deben respetar el horario de audiencia, de acuerdo con el artículo 188 de la LOPJ. Los Juzgados y Tribunales celebrarán audiencia pública todos los días hábiles para la prácticas de pruebas, las vistas de los pleitos y causas y la publicación de las sentencias dictadas; durante la audiencia también realizarán el despacho ordinario de los asuntos y la atención de los profesionales y al público, detalla el artículo 10.1 y 2 del Reglamento 5/1995, cuyos artículos 9 a 12 regulan esta materia.

- Incumplimiento de elaborar el alarde.

Es también falta grave el incumplimiento de la obligación de elaborar el alarde o relación de asuntos (art. 418.13 LOPJ). Conforme dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de de Julio de 2000 (Recurso 752/1997)⁶²³ “El incumplimiento de la obligación de elaborar el alarde o relación de asuntos pendientes al cesar en su destino....debe considerarse que se comete esta falta cuando en el alarde que se elabora se incurre en ausencia de veracidad o exactitud, ya que ello supone una infracción del deber legalmente exigible”.

Del incumplimiento de la obligación de elaborar el alarde se ocupan el artículo 317.3 de la LOPJ y el art. 158 del RCJ, y en el caso de que este incumplimiento fuera malicioso y fraudulento, podría incardinarse disciplinariamente, en opinión de VACAS GARCIA-ALOS y MARTIN MARTIN⁶²⁴, en la inobservancia de los deberes judiciales que tipifica como falta muy grave el expresado artículo 417.9 de la LOPJ, en el sentido de que esa concreta actitud pudiera entrañar o, en su caso, llevar aparejada eventualmente la inobservancia de un específico deber profesional; y ello obviamente sin perjuicio del carácter autónomo del ilícito antes mencionado y contemplado en el artículo 418.13 de la LOPJ.

- Dejar de promover la exigencia de responsabilidad disciplinaria que proceda a los Secretarios y personal auxiliar subordinado cuando se den las condiciones para ello.

También tiene la consideración de falta grave el dejar de promover la exigencia de responsabilidad disciplinaria que proceda a los Secretarios y personal auxiliar subordinado cuando conocieren o debieren conocer el incumplimiento grave por los mismos de los deberes que les corresponden (art. 418.7 LOPJ).

Respecto de esta cuestión y ante la situación actual de la organización de la Oficina Judicial⁶²⁵, especialmente tras la reforma de la LOPJ llevada a efecto por la Ley

⁶²³ Vid. R.J. 2000\8412.

⁶²⁴ VACAS GARCIA ALOS, L., y MARTIN MARTIN, G., Op. Cit., pag. 99.

⁶²⁵ Vid. GARRIDO CARRILLO, F.J., *La Oficina Judicial, análisis de su nuevo diseño*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2008.

Orgánica 19/2003 de la que se desprende que el Juez viene a desaparecer del ámbito de responsabilidad, dirección y jefatura del personal, no correspondiéndole esa jefatura ni el inmediato control del personal. Todo ello obliga a considerar que el conocimiento de los hechos por los que se puede promover la exigencia de responsabilidad se muestra complicado y exigirá la perfecta acreditación del conocimiento de los hechos por parte del Juez para poderle exigir responsabilidad, sin que se pueda acudir a la vía de considerar que por su integración en la organización de la oficina judicial debió conocer tales hechos⁶²⁶.

10.5.7. Por lo que se refiere a la ocultación de la verdad en la solicitud de obtención de permisos, autorizaciones, declaraciones de compatibilidad, dietas y ayudas económicas.

Por lo que se refiere a estas conductas, dispone el artículo 417.11 de la LOPJ que se consideran infracción muy grave “faltar a la verdad en la solicitud de obtención de permisos, autorizaciones, declaraciones de compatibilidad, dietas y ayudas económicas”⁶²⁷. Como podemos ver precisa este supuesto de que concurren dos presupuestos, uno subjetivo consistiría en un acto en cuya virtud no se dice la verdad en la formulación de una determinada solicitud, bien por medio de manifestaciones inexactas, bien a través de un soporte documental falso; y en segundo lugar o como segundo presupuesto, este de naturaleza objetiva, se concretaría en el hecho de que la citada ocultación de la verdad se sustente a propósito de la obtención de permisos, autorizaciones, declaraciones de compatibilidad, dietas y ayudas económicas.

En opinión de VACAS GARCÍA-ALOS y MARTIN MARTIN, “un posible criterio interpretativo para diferenciar los supuestos en que la indicada ocultación de la verdad, en la obtención de autorización de compatibilidad, revista el carácter de falta muy grave o de falta grave, según los casos, puede ser, a nuestro juicio, la mayor o menor relevancia de la conducta observada, el medio empleado para incurrir en el ilícito de referencia, así como los concretos efectos de la infracción cometida, con especial consideración de la ulterior incidencia que esos efectos pueden deparar en el normal cumplimiento de los correspondientes deberes judiciales”⁶²⁸.

⁶²⁶ La reforma del artículo 165 de la LOPJ operada por la Ley Orgánica 19/2003 que mantiene la competencia de los Jueces para la dirección e inspección de todos los asuntos, se limita a disponer que en materia de responsabilidad disciplinaria del personal adscrito al servicio del órgano jurisdiccional se “estará a lo previsto en su respectivo régimen disciplinario”, materia en la que ha desaparecido toda referencia a los Jueces y Magistrados. Lo más que se puede admitir es que puedan poner los hechos en conocimiento de los órganos competentes del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas. En definitiva, el deber cuyo incumplimiento se sanciona con esta falta no se encuentra establecido en precepto legal claro, preciso y terminante, a diferencia de lo que sucedía antes de esta reforma, cuando los Jueces tenían incluso competencia para la imposición de la sanción de advertencia, según los Reglamentos orgánicos correspondientes.

⁶²⁷ Desde un punto de vista material este ilícito disciplinario tiene, como obligadas concordancias legales, las previsiones contenidas en los artículos 370 y siguientes de la LOPJ y 231 a 279 del RCJ. Desde una perspectiva formal, dicha infracción disciplinaria, aun conservando pleno carácter autónomo, puede tener estrecha relación con la falta grave tipificada en el artículo 418.14 de la LOPJ, en cuyo inciso final se contempla el hecho de que se haya dado lugar al ejercicio de una actividad incompatible habiendo obtenido la autorización para ello –se dice– “con falta de veracidad en los presupuestos alegados”.

⁶²⁸ VACAS GARCIA ALOS, L., y MARTIN MARTIN, G., Op. Cit., pag. 104.

10.5.8. Como conductas relativas a la independencia en el desempeño de la función jurisdiccional.

Constituyen infracciones graves, tanto el corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jerárquico, salvo cuando actúen en el ejercicio de la jurisdicción, como el interesarse mediante recomendaciones, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de otro juez (418.2 y 4 LOPJ). Y se reputa infracción muy grave la intromisión, mediante órdenes o presiones de cualquier clase en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro juez (art. 417.4 LOPJ)⁶²⁹. Hemos de decir que el bien jurídico que protegen tanto en la falta muy grave como grave, es el mismo: la independencia de los Jueces a la hora de dictar sus resoluciones, sin que su decisión se pueda ver entorpecida o torcida por la actuación de otros integrantes de la Carrera Judicial. En definitiva se trata de la incorporación al ámbito disciplinario de los mecanismos internos de protección de la regulación general contenida en los artículos 12 a 14 de la LOPJ atinentes a la independencia judicial.

En las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 21 de enero de 1998 (RJ 1998\80) y 21 de marzo de 2003 (RJ 2003\3653) se refleja que las presiones, calificadas por el artículo 417.4 de la LOPJ como falta muy grave, y las recomendaciones, tipificadas como falta grave por el artículo 418.2 de la LOPJ, tienden a obtener o propiciar una resolución de determinado contenido, diferenciándose los referidos ilícitos disciplinarios en su variada intensidad, toda vez que en la recomendación se comunica o se deja mera constancia de un concreto interés respecto de una determinada actuación judicial, mientras que en la presión se añade al anterior otro comportamiento tendente a imponer al Juez o Magistrado el sentido de la específica resolución de que se trate, tanto en la vertiente positiva (para que se produzca en una dirección concreta), como en la negativa (para impedir que llegue a producirse el ejercicio de la potestad jurisdiccional).

Por otro lado la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1997 (RJ 1997\1236), considera que la acción de intromisión consiste en una injerencia en el marco de las competencias que legalmente se atribuye a los órganos jurisdiccionales y se traduce en un ataque a la independencia judicial, sin que las reglas que disciplinan las relaciones de auxilio jurisdiccional, autoricen en modo alguno a practicar *ab initio* actuaciones fuera del propio marco jurisdiccional, sin tan siquiera mediar actividad jurisdiccional propia.

Por lo que se refiere al supuesto del art. 418.4 de la LOPJ, en la corrección de la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jurisdiccional, salvo cuando actúen en el ejercicio de la jurisdicción, hemos de tener en cuenta lo que dice nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 106/1989 de 8 de junio (RTC 1989\106), que refiere que la Constitución en sus artículos 24.2 y 117.1, eleva la independencia judicial y su imparcialidad a nota consustancial de todo órgano jurisdiccional. Asimismo el TC en la sentencia 108/86 de 26 de julio (RTC 1986\108) señala que la independencia del poder Judicial se predica de todos y cada uno de los Jueces y Magistrados que lo integran, en cuanto encargados de ejercer,

⁶²⁹ Estas conductas están muy próximas a la que sanciona como falta muy grave el artículo 417.3 de la LOPJ.

individualmente o agrupados en órganos colegiados, la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

La independencia judicial tiene que ser respetada de manera singular y específica en el interior de la organización judicial, evitando los ataques que puedan efectuarse desde posiciones de superioridad gubernativa o judicial-procesal. Sólo en el seno y dentro del cauce procesal se puede producir esa corrección; es más, se trata, si se quiere, de una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas que acuden al proceso el que se pueda recibir una segunda respuesta judicial en los casos en que las leyes contemplen la existencia de recursos ante un órgano judicial superior. Fuera de este cauce toda corrección es ilícita y sancionable. En modo alguno puede entenderse que se produzca esta falta cuando la crítica, que no corrección, se realiza en foros docentes, científicos o de investigación. Con ello se puede observar como el bien jurídico que se protege es, en efecto, el de la independencia judicial.

11. DEBER DE ABSTENCIÓN Y DE RECONOCER COMO CIERTA (SI EFECTIVAMENTE LO ES) LA CAUSA DE RECUSACIÓN.

11.1. La Imparcialidad del Juzgador.

En el epígrafe anterior ya hemos hecho mención de la abstención y la recusación, cuestión esta que es primordial en la imparcialidad del juzgador y por lo tanto en la independencia del mismo en el ejercicio de la función jurisdiccional, razón por la cual le dedicamos una atención específica.

Señalemos aquí con GONZALEZ GALÁN⁶³⁰ que se pueden distinguir en el concepto de imparcialidad judicial dos perspectivas: la subjetiva que implicaría que el Juez ha de estar libre de toda clase de relaciones personales y enemistades con cualquiera de las partes; y la objetiva, conforme a la cual el juez no ha de tener una relación con el objeto del pleito concreto, ni en sus intereses propios ni en sus opiniones individuales especialmente políticas y religiosas, debiendo de estar en condiciones de verificar un examen exento de prejuicios sobre todos los aspectos de hecho y de derecho que pudieran provenir de un contacto previo en el desarrollo del proceso⁶³¹.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de la Sección 7ª de 17 de abril de 2002 (RJ 2002\7404), ha manifestado que la imparcialidad judicial tiene un doble y complementario significado: en primer lugar, representa un derecho fundamental de todo ciudadano a un proceso con las debidas garantías; y en segundo lugar, implica un rasgo sustancial de la configuración del Poder Judicial en la Constitución Española que se manifiesta en el prestigio que deben presentar los Tribunales de Justicia ante los ciudadanos a fin que no se quiebre la confianza social en la Administración de Justicia, como premisa ineludible para la vigencia de los postulados propios del Estado democrático de Derecho.

El primer significado, del que habla nuestro TS, es decir el de derecho fundamental, tiene una proyección subjetiva, al afectar a las personas intervinientes en un determinado proceso, y por ello se hace recaer sobre las mismas, por medio de la recusación, la responsabilidad de manifestar las circunstancias que, con un perjuicio individual y cierto puedan comprometer la imparcialidad del Juez o Magistrado. Por su parte el segundo significado, referido al prestigio de los Tribunales, se concreta en la necesidad de suprimir cualquier dato o circunstancia real que pueda limitar o vulnerar dicho prestigio, quebrantando o cuestionando la confianza social en la Justicia; y al no tener el carácter subjetivo predicable del anterior significado, incumbe al Juez o Magistrado, en virtud de una ineludible responsabilidad propia, cesar en el ejercicio de su jurisdicción cuando aparezcan circunstancias objetivas de las que infiera que la supuesta continuidad en esa jurisdicción sea ciertamente contraproducente o lesiva para esa imagen de prestigio de los órganos jurisdiccionales.

⁶³⁰ GALAN GONZALEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2005, pág. 23.

⁶³¹ Vid. PENSKEI, *El juez en la República federal alemana: una descripción de la posición, función, independencia e imparcialidad judiciales*, Documentación jurídica, núm. 42 a 44, pág. 295.

Más explícito es nuestro Tribunal Constitucional en la STC 60/95 de 13 de febrero (RTC 1995\60) al declarar que “la imparcialidad del juez excede del ámbito meramente subjetivo de las relaciones del juzgador con las partes, para erigirse en una auténtica garantía en la que se puede poner en juego, nada menos que la *auctoritas* o prestigio de los tribunales, que en una sociedad democrática, descansa en la confianza que la sociedad deposita en la imparcialidad de su Administración de Justicia, debiéndose reclamar el adagio anglosajón en cuya virtud –no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace–”.⁶³²

Ya sabemos que la esencia de la jurisdicción implica que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser al mismo tiempo parte en el conflicto que se somete a su decisión. Es decir ha de ser imparcial, y esta imparcialidad significa también además de no ser parte, como dice MONTERO AROCA “que su juicio ha de estar determinado sólo por el cumplimiento correcto de la función que tiene encomendada, es decir, por la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena a esa función influya en el juicio”⁶³³.

La independencia judicial es instrumental respecto de la imparcialidad que, en realidad, es, como dice VALENCIA MIRON⁶³⁴, “el fin perseguido por las garantías en que aquélla se manifiesta”. De la misma opinión es ALMAGRO⁶³⁵, que dice que “la acción intransitiva de abstenerse y la acción transitiva de recusar, aunque se refieran a procedimientos distintos, se apoyan, para su ejercicio, en unas mismas causas”. O como dice MONTERO AROCA, “El sistema de garantía de la imparcialidad del juez se resuelve en el Derecho español en la abstención (deber del juez) y en la recusación (derecho instrumental de las partes al servicio de su derecho a un juez imparcial), siendo comunes las causas de una y de otra”⁶³⁶.

Siguiendo a VALENCIA MIRÓN, el ordenamiento, para garantizar la imparcialidad del juzgador establece una serie de causas que pueden relacionarlo con

⁶³² No se ha de confundir potestad jurisdiccional y auctoritas. La primera ha de ser entendida como un poder de actuar la personalidad o capacidad del Estado en la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y la segunda, aun no siendo patrimonio exclusivo de la Jurisdicción, debe concurrir en ella, en cuanto la misma determina el paso de una justicia autoritaria propia de los Estados totalitarios, a otra consentida y refrendada por la sociedad en su conjunto.

Vid. sobre este tema a SANTAMARIA DE PAREDES, *Curso de Derecho Político*, 6ª Edición, Madrid, 1898, pág. 149, que dice que “un poder que careciera de autoridad y de fuerza carecería de poder, por la sencilla razón de que sería impotente para definir y hacer cumplir el Derecho. La autoridad equivale a la fuerza en el orden moral... no domina a la voluntad con el fatalismo de la materia sino que, por el contrario, busca el convencimiento y procura la espontaneidad en la adhesión”.

⁶³³ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, 12ª Edición, Valencia 2003, pág. 96. Vid. también pág. MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Op. Cit., pag. 188.

⁶³⁴ VALENCIA MIRON, A. J., “Introducción al Derecho Procesal”, Ed. Comares, Granada 2006, pág. 140.

⁶³⁵ ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho Procesal Tomo I. Parte General Proceso Civil*, Volumen Primero, Madrid, Ed. Trivium, 1995, pág. 199.

⁶³⁶ MONTERO AROCA, J. *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Op Cit., pág. 219.

los sujetos –subjetivas- o con el objeto del asunto sometido a su conocimiento –objetivas- y cuando concurre una de ellas le impide que conozca [del asunto/pleito, causa criminal o “recurso” contencioso-administrativo], debiendo de ser sustituido por otro, bien por iniciativa propia o abstención (se le concede al juez o magistrado la oportunidad de apartarse del asunto), o bien por decisión judicial (del propio juez recusable que estima existente la causa alegada o del órgano que decide el incidente de recusación) ante el ejercicio por las partes o por el Ministerio Fiscal del derecho procesal de promover y obtener la sustitución, es decir, el “derecho subjetivo-procesal” de recusar.

Aunque la imparcialidad sea subjetiva, lo que hace la ley es objetivarla y de esta forma establece una serie de situaciones que pueden constatarse objetivamente, de tal manera que si se dan estas circunstancias (independientemente de que el juez sea capaz o no de ser independiente), su mera concurrencia dar lugar a considerar al juez sospechoso obligando al juez a abstenerse o dándole a las partes la posibilidad de recusarlo⁶³⁷.

Señala GIMENO SENDRA⁶³⁸ que “en el proceso penal, en principio, se encuentran vigentes los arts. 52 a 99 de la LECrim. Ello no obstante, sus preceptos han de ser integrados con los de la LOPJ que, en primer lugar, versen sobre materias de “reserva de Ley Orgánica” y, en segundo, no contradigan los de la LECrim, pues en tal caso, habrían de estimarse abrogados por el principio de la “Ley Posterior” (art. 2.2. CC). De conformidad con el primer criterio, las causas de recusación contenidas en los arts. 219 y 220 LOPJ, en la medida en que garantizan la independencia del Juez e inciden, por tanto en el derecho al Juez legal del art. 24.2 CE, entran dentro del ámbito de aplicación de la reserva de Ley Orgánica (art. 81.1 CE), por lo que han de considerarse de aplicación inmediata y directa, tal y como, por lo demás reconoce el propio art. 54 LECrim.”

Las causas que obligan al juez a abstenerse son las mismas que las partes o el Ministerio Fiscal pueden esgrimir como causas de recusación. Las dieciséis causas de abstención y, en su caso, de recusación las establece el art. 219 de la LOPJ, y frente al sistema anterior a las grandes leyes del siglo XIX, en el que la recusación podía hacerse sin expresión de causa, todas las regulaciones modernas, y dentro de estas la española, parten de la regla fundamental de que la recusación precisa alegación de causa y de que éstas son únicamente las previstas por el legislador. Es por ello que en nuestras leyes

⁶³⁷ Es por ello que haya autores como GOLDSCHMIDT LANGE, W., *La imparcialidad como principio básico del proceso*, Discurso de recepción como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal, en Revista de Derecho Procesal, año VI, núm. 1, Madrid, 1950, págs 8 y 9 que señalan que “las normas que regulan la recusación (que tienden a asegurar en todas sus formas la base de la justicia) pueden considerarse como principios generales del derecho”.

Asimismo las causas positivadas y la acreditación de las mismas, van encaminadas a evitar el abuso en el ejercicio de dichas causas, puesto que como dice LIEBMAN, no es suficiente que el Juez en su conciencia se sienta capaz de ejercer su oficio con la habitual imparcialidad, sino que es preciso que no exista, ni siquiera la duda, de que los motivos personales puedan influir en su ánimo. Vid. LIEBMAN, E.T., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1980, pág. 559.

⁶³⁸ GIMENO SENDRA, V., “Introducción al Derecho Procesal, Op. Cit. pág. 90.

siempre se ha realizado una enumeración, y la jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional ha considerado la misma tasada.⁶³⁹

Antes de abordar las causas de abstención y recusación hemos de señalar que la dogmática procesal y la jurisprudencia⁶⁴⁰ mantienen como principio el carácter tasado o de “*numerus clausus*” de las causas de abstención y recusación que el legislador ha recogido en el art. 219 de la LOPJ⁶⁴¹. Aunque ello no ha sido obstáculo para que en otras leyes especiales se puedan identificar otros ejemplos y supuestos de recusación y abstención diversos⁶⁴².

No obstante hemos de decir que la constatación de la existencia del derecho al juez imparcial como un derecho fundamental, implícito aún cuando no expresamente reconocido en el derecho a un proceso con todas las garantías⁶⁴³, va dando paso a una doctrina que discrepa con un sistema de *numerus clausus*, abogando por su cambio⁶⁴⁴. En este sentido hemos de tener en cuenta que siendo la Constitución Española la que consagra al más alto nivel el derecho fundamental al juez imparcial, en el caso de darse una circunstancia no prevista en el elenco de causas de abstención y recusación, pero susceptible de atentar contra la imparcialidad del juzgador, permitiría la aplicación

⁶³⁹ Vid. a modo de ejemplo SSTS de 20 de mayo de 1997 (RJ 1997\3636), así como el ATC 111/1982 de 10 de marzo (RTC 1982\111), o la STC 138/1994 de 9 de mayo (RTC 1994\138). E incluso existen pronunciamientos en los que se insiste en la necesidad de una interpretación restrictiva de estas causas V.gr. STS de 14 de junio de 1991 (RJ 1991\4715).

⁶⁴⁰ Vid entre otras las SSTS de 5 de noviembre de 1956 (RAJ 3349), 24 de marzo de 1977 (RAJ 1239), 28 de junio de 1982 (RAJ 3581), 29 de abril de 1985 (RAJ 2144), 12 de febrero de 1991 (RAJ 1010), 20 de mayo de 1997 (RAJ 3636), 21 de junio de 1997 (RAJ 5275), así como las SSTC 138/94 de 9 de mayo y el ATC 111/82 de 10 de marzo.

⁶⁴¹ Esta tasación de las causas de abstención y recusación se debe al abuso y uso fraudulento que se ha llevado a cabo en nuestra experiencia histórica de la recusación perentoria o sin causa. Esta situación junto con el hecho del contenido negativo que siempre se ha considerado que conllevaba el instituto de la recusación habida cuenta que se entendía el mismo como una descalificación para ejercer la función jurisdiccional, han hecho que se optara por un sistema cerrado, y abogando por un método de interpretación restrictiva.

Un estudio pormenorizado de la evolución del instituto de abstención y recusación puede verse en CORONAS GONZÁLEZ, *La recusación judicial en el derecho histórico español*, Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo II, Madrid, 1982.

Y sobre la defensa de una interpretación restrictiva o limitativa de las causas de abstención y recusación así como sobre la prohibición de la analogía vid. GOMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882*, Tomo II, Barcelona 1947, pág. 4 y 13; y BURGOS LADRON DE GUEVARA, *El Juez ordinario predeterminado por la ley (2ª parte)*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia II, 1989, pág. 227. Vid. también del mismo autor *El juez ordinario predeterminado por la ley*, ed. Civitas, Madrid, 1990.

⁶⁴² Así por ejemplo en la Ley Orgánica 5/95 de 22 de mayo Del Tribunal del Jurado, modificada por la Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, recoge en su artículo 21 determinadas causas de recusación no previstas en la LOPJ de 1985.

⁶⁴³ Vid. entre otras las SSTC 41/1998 de 24 de febrero; 6/1998 de 13 de enero; 98/1997 de 20 de mayo; 59/1994 de 28 de febrero; 372/1993 de 13 de diciembre; 145/1988, de 12 de julio; 113/1987 de 3 de julio.

⁶⁴⁴ Vid. SANTOS VIJANDE, *Abstención y recusación de jueces y magistrados (I)*, La Ley, núm. 4719, 1999, pág. 2; PICO Y JUNOY, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Op. Cit., pág. 48 y 49.

directa de la Constitución, habida cuenta que la garantía constitucional ha de primar tanto sobre el principio de legalidad como sobre los medios de interpretación utilizados para delimita el contenido de las causas de recusación y abstención, y esto porque estos métodos y este principio son el medio para garantizar la imparcialidad del juez, pero no dotan de contenido a la misma⁶⁴⁵. Es por ello que la jurisprudencia va abriendo camino entendiendo como abierta la lista de motivos de abstención y recusación⁶⁴⁶ o entendiendo la taxatividad de dicha lista matizable u objeto incluso de adiciones⁶⁴⁷

11.2. Las Causas de abstención y recusación.

Las causas de abstención y recusación pueden clasificarse desde diferentes criterios, por su condición subjetiva u objetiva, por su naturaleza abstracta o concreta y por su relación con el proceso.⁶⁴⁸ Nosotros vamos a optar por el primero, que es un criterio tradicional en la doctrina⁶⁴⁹, y que por lo tanto suele referirse a causas de abstención y de recusación subjetivas y objetivas y que distingue entre las que tienen que ver con las relaciones del juez con las personas, y con las que afectan a las relaciones del juez con el objeto del proceso.

Hemos de tener en cuenta que la regulación por separado de las causas de incompatibilidad, y de abstención y recusación pone de relieve el distinto concepto de unas y de otras y así siguiendo a GONZALEZ GALAN⁶⁵⁰ podemos decir que las causas

⁶⁴⁵ En contra se expresa MONTON RENDONDO, *Iniciación al estudio de Derecho procesal*, Salamanca, 1987, pág. 36, pues considera que la Constitución como norma que incorpora el sistema de valores informativos de todo el ordenamiento jurídico, pero no como una norma que pueda ser directamente aplicada por los Juzgados y tribunales.

⁶⁴⁶ Vid. en este sentido la STC 47/1982 (RTC 1982\47).

⁶⁴⁷ STS 4 de julio de 2002 (RJ 2002\7916), de 22 de febrero de 2002 (RJ 2002\3397), ATS de 1 de Octubre de 1997 (RJ 1997\928), STC 162/1999 (RTC 1999\62), o la STC 157/93 (RTC 1993\157), en concreto esta última señala que “La constitución, ciertamente, no enumera, en concreto, las causas de abstención y recusación que permitan preservar el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2: pero ello no significa que el legislador quede libre de cualquier vínculo jurídico constitucional a la hora de articular ese derecho que comprende la preservación de la imparcialidad judicial. La constitución impone determinados condicionamientos al legislador que derivan del art. 24.2 CE, a la luz de los mandatos del art. 10.2 CE, y, en relación con el mismo, de los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales llamados a interpretar y aplicar los tratados y convenios internacionales suscritos por España en materia de derechos fundamentales y libertades públicas. Con relación a esos mandatos, y en lo que aquí importa, baste decir que tales pronunciamientos jurisdiccionales (los dictados, en especial, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) pueden llegar a identificar supuestos hasta hoy no contemplados en nuestra legislación, hipótesis ante la cual cabría sostener la exigencia de una acomodación del Derecho Español al precepto internacional de este modo interpretado por el órgano competente para ello”.

⁶⁴⁸ Es lo que denomina MONTERO AROCA, J. “un criterio especial: la relación con el proceso”, en virtud del cual clasifica las causas atendiendo a si las mismas dependen o son ajenas al proceso, en la obra *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Op. Cit., pág. 229-236,

⁶⁴⁹ Por ejemplo GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil I*, Madrid 1943, pag. 589 y siguientes; GOMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Barcelona 1951, pág. 29 y ss; GALAN GONZALEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*, Op. Cit., pág. 89 y ss.

⁶⁵⁰ GALAN GONZALEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*, Op. Cit., pág. 25.

de abstención y recusación, a diferencia de las causas de incompatibilidad, se ciernen sobre situaciones personales del juez con el objeto del proceso o con alguna de las partes por motivos ajenos al proceso, por lo que debieran ser consideradas éstas situaciones de carácter privado.

De esta forma podríamos decir que la abstención, en cuanto instrumento que garantiza la imparcialidad judicial constituye un acto procesal unilateral del juez, por el cual se separa del conocimiento de un determinado proceso ante la concurrencia de determinadas circunstancias que podrían cuestionar su imparcialidad⁶⁵¹. En este caso la abstención se trataría, dado el carácter privado del acto, del cumplimiento de una obligación impuesta al juez⁶⁵², y por lo tanto su trasgresión no conllevaría consecuencias sobre la validez de los actos procesales pronunciados por aquél, dando lugar solamente a una sanción disciplinaria.

Por otro lado, si en el caso de la recusación consideramos que existe un exclusivo interés privado de parte, esto significaría considerar que la misma tiene el carácter de principio dispositivo, y por lo tanto la parte podría valerse o no de dicho instrumento, y de esta manera cuando el interesado no ejerza la facultad de recusar aceptando ser juzgado por un juez sobre quién recae una sospecha de parcialidad, el proceso no resultaría afecto de anomalía de ningún tipo.

No obstante lo referido no hemos de olvidar que “la apariencia de imparcialidad”, tiene una importancia y trascendencia que no hemos de desconocer, por lo que hay que revisar la finalidad de la recusación como instrumento que no sólo actúe en garantía de un interés de parte, sino también de protección de la imparcialidad judicial en una perspectiva garantista del interés público⁶⁵³.

⁶⁵¹ MANRESA y NAVARRO en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las Bases aprobadas por ley 21 de junio de 1880 y publicada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881*, Tomo I, Madrid, 1891, pág. 678, definen a la abstención como “el hecho espontáneo del juez que reconoce no tener las condiciones necesarias de imparcialidad”.

⁶⁵² Recordemos que es la reforma llevada a cabo por la LO 16/1994, de 8 de noviembre la que adecua la institución de la abstención a un auténtico deber jurídico, en cuanto que por primera vez en el art. 417.8 de la LOPJ sanciona con el calificativo de falta muy grave “la inobservancia del deber de abstención, a sabiendas, de que concurre alguna de las causas previstas”. De esta forma ya no sólo será constitutiva de una falta grave y merecedora de sanción disciplinaria la abstención injustificada del juez o magistrado, sino que se da virtualidad a la exigencia legal de abstenerse cuando concorra causa legal. (Vid. art. 418.15 de la LOPJ que define como falta grave “la abstención injustificada, cuando así sea declarada por la Sala de Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 221.3 de esta Ley”.)

⁶⁵³ Desde esta perspectiva, la recusación podría ser considerada como un instrumento dirigido a prevenir la nulidad de los actos procesales que fueren dictados conculcando una prohibición impuesta por ley en cuanto a la constitución del órgano jurisdiccional.

Asimismo, y por otro lado hemos de tener en cuenta el carácter de *ius cogens* que informa el derecho al juez imparcial, lo que justificaría su irrenunciabilidad (Oberschlick vs. Austria, STEDH 23 de mayo de 1991, parág. 51; Pfeifer et Plankl vs Austria, STEDH 25 de febrero de 1992, parág 37; Remli vs. Francia, STEDH 23 de abril 1996; Macdonell vr. Reino nido, STEDH 8 de febrero de 2000, Parág. 44 y 45; resoluciones todas ellas en las que se declara que una renuncia debe efectuarse de forma inequívoca, y no afectar a ningún interés público importante, por lo que el no ejercicio de la recusación no puede equipararse a una renuncia tácita). Y esta nueva perspectiva, introducida por el TEDH, desde la que se aborda el análisis de la imparcialidad judicial proporciona, sin duda alguna, un magnífico argumento a favor que quienes postulan una interpretación amplia y flexible con las causas de recusación y abstención. Recordemos en este sentido el Auto de 24 de 10 de 1997, resolutorio de la recusación interpuesta por

Así pues, las causas relatan una serie de circunstancias, que relacionan al Juez o a los Magistrados que componen la Sala o Sección con las partes o con sus representantes o defensores (debe entenderse incluido el Graduado Social aunque no se cite expresamente) por razones de parentesco, vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, subordinación, amistad o enemistad manifiestas, por la realización de actividades procesales anteriores o por haber ocupado un cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido formarse un prejuicio al tener conocimiento del objeto del litigio o estar relacionado con el mismo. Hemos de tener en cuenta que las causas de abstención y recusación no suponen que, de concurrir, el juez sea parcial, sino simplemente que se convierte en sospechoso de serlo, esto es, que existe el riesgo de parcialidad, de favorecer o de perjudicar a una de las partes⁶⁵⁴. Con la figura de la recusación se observa una institucionalización de la sospecha, que trata de asegurar el adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, ahora bien la aceptación de la duda al considerar la actuación de los poderes públicos no tiene por qué debilitar el sistema, ni excluir el necesario respeto del mismo⁶⁵⁵.

Sólo podrán recusar las partes procesales [las propiamente dichas o el Ministerio Fiscal]: Así únicamente podrán recusar (art. 218 LOPJ): En los procesos penales, el Ministerio fiscal, el acusador popular, particular o privado, el actor civil, el procesado o inculpado, el querellado o denunciado y el tercero responsable civil. 2. En los demás procesos, las partes, y también el Ministerio Fiscal siempre que se trate de un proceso en el que, por la naturaleza de los derechos en conflicto, pueda o deba intervenir como parte. Es de destacar la vigencia del interés general en el instituto de la recusación a la luz de la legitimación que el legislador confiere al Ministerio Fiscal para instar la recusación⁶⁵⁶.

La recusación ha de ser entendida como garantía de las partes para proteger y asegurar la imparcialidad, judicial, y asimismo como mecanismo legitimador de la actuación jurisdiccional. Y asimismo hemos de tener en cuenta que la recusación no trata de enjuiciar la rectitud moral del funcionario o su capacidad para ser imparcial, sino que pretende situarle en una posición objetiva frente a las partes. De esta manera se pretende que el juez esté al margen de posibles presiones que puedan recibir de

Gómez de Liaño, (fundamento jurídico décimo), que fue la primera resolución que estimó una recusación al margen del listado de causas tasadas en la ley.

⁶⁵⁴ “Cuando se dice que la ley tiene que garantizar en todo caso que un juez parcial pueda ser recusado, se está olvidando que la recusación no persigue descubrir el ánimo del juez en un caso concreto, sino simplemente poder apartar del conocimiento de un asunto al juez en el que concurre una causa que le hace sospechoso, y que esa sospecha sólo existe si antes el legislador ha fijado las causas” MONTERO AROCA, J. *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Op. Cit., pág. 222.

Sobre el tema también PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad objetiva del juez a examen*, Op. Cit., pag. 3 y ss, con cita de BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Madrid 1992, pág. 302, y LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *El Juez imparcial*, en “Jurisdicción y competencia penal”, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 357,358.

⁶⁵⁵ FERNANDEZ-VIAGAS, B., *El Juez Imparcial*, Op. Cit. pág. 3

⁶⁵⁶ DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*, Vol, I, Madrid, 1991, pág. 394, entiende que más que una posibilidad se trata de una verdadera obligación del Ministerio Fiscal de recusar al juez que estime incurso en alguna de las circunstancias que detalla la propia LOPJ.

manera directa y personal o indirecta y difusa de quienes intervienen en el proceso cuya competencia tiene atribuida⁶⁵⁷.

Son causas de abstención y, en su caso, de recusación⁶⁵⁸ (art. 219 LOPJ):

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

Como dice GONZALEZ GALAN⁶⁵⁹, la *ratio essendi* es la necesaria y rigurosa separación que debe mediar entre el juez y las partes que intervienen en el proceso así como la prohibición de que un sujeto sea al mismo tiempo juez y parte en el proceso.

Hemos de recordar que el vínculo matrimonial entre el juez y cualquiera de las partes se incluyó por primera vez como causa legítima de abstención y recusación judicial con la LOPJ 6/1985 de 1 de julio⁶⁶⁰.

Asimismo hemos de decir que la doctrina mayoritaria entiende que en el caso de que hubiere acontecido nulidad matrimonial o divorcio, cabría aún entender como causa de abstención o recusación el vínculo matrimonial extinto, pues considera que donde la ley no distingue no hemos de hacer distinción nosotros (“*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”), y además si el legislador hubiera querido admitir excepciones exigiendo que el vínculo matrimonial fuese actual habría dispuesto sin duda alguna las salvedades necesarias en vez de expresarse en términos generales⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ GALAN GONZALEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*, Op.Cit., pág. 30.

⁶⁵⁸ Recordemos lo que refería AGUILERA DE PAZ sobre el instituto de la recusación, señalando que es “el más poderoso dique contra los extravíos de la pasión o contra las tentaciones del cohecho, los impulsos de la venalidad y las demás causas que pudieran alejar a los tribunales de la independiente y serena abstracción en que deben inspirarse sus fallos”, En *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1923-1924, Tomo I, pág. 364.

⁶⁵⁹ GALAN GONZALEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*, Op. Cit., pág. 91.

⁶⁶⁰ Entiende ARIAS DOMINGUEZ, *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*, Madrid, 1999, pág. 106 y ss., que la referida omisión del legislador hasta 1985 de este vínculo como causa de abstención y recusación, se debe a que “en la realidad práctica raramente podía llegar a darse la relación recusable de matrimonio entre el Juez varón y su mujer pleiteante”, por un lado porque la mujer tenía vedado el acceso a la carrera judicial, y por otro, porque en el ámbito civil su capacidad de obrar estaba limitada. Esa justificación aunque es admisible para el ámbito civil no resulta válida para el ámbito penal, por lo que no se comprende el que no figurara en la LECrim.

No obstante digamos que la doctrina de forma unánime consideró que el vínculo matrimonial estaba incluido de forma implícita en la relación de afinidad.

⁶⁶¹ Vid en este sentido DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, pag. 394; FERNANDEZ LOPEZ, RIFA SOLER, VALLS GOMBAU, *Derecho Procesal Práctico*, Tomo II, Madrid 1992, pág 18.

En contra se expresa GALAN GONZALEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*, Op. Cit., pág. 96 Y ss que señala que “si nos atenemos a la configuración de nuestro sistema recusatorio no es posible alcanzar esta conclusión, precisamente porque el mismo se expresa en términos excluyentes.” En opinión de esa autoría, la comprensión del vínculo matrimonial extinguido dentro del elenco de las causas de recusación, más que actuar como una garantía para

Como señala DE LA OLIVA parece evidente que, para el proceso civil, cualquiera de las relaciones descritas ha de darse entre las partes y el Juez o Magistrado, siendo irrelevante, para la abstención o recusación judicial, la posición del fiscal⁶⁶².

La previsión legal alcanza tanto a las partes materiales como a las partes en sentido formal. La dificultad que supone este precepto deriva, de que en el ámbito del proceso penal “forman parte del juicio y de la decisión, intereses y derechos cuyos titulares no necesitan intervenir como partes en la causa”⁶⁶³, es decir tanto el ofendido como el perjudicado por el delito no adquieren la cualidad de parte si no se personan en el proceso penal, y por ello y como garantía de que el juez no pudiere estar unido por vínculo matrimonial con el ofendido o perjudicado por el delito que ha de enjuiciar, la doctrina ha considerado aplicable a este supuesto la causa décima “tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”.

Por lo que se refiere al parentesco por consanguinidad, para apreciar esta cuestión basta acreditar la existencia del vínculo de parentesco del juez, con cualquiera de las partes, o con los abogados y los representantes de éstas en los grados que previene la norma.⁶⁶⁴

Por lo que se refiere a la relación de parentesco por afinidad, señalar que la misma es la que liga a un esposo con los parientes de sangre del otro, o dicho de otra manera, el parentesco político entre dos personas, un cónyuge y el pariente consanguíneo del otro, que procede del matrimonio de la primera más el parentesco de consanguinidad de la persona casada con ella.⁶⁶⁵ Si nos atuviésemos a la literalidad de la norma podríamos mantener que la relación de afinidad, conformaría causa de recusación siempre y cuando el matrimonio del que trae su causa estuviere latente, sin embargo, la doctrina civilista no mantiene esta postura, sino que entiende que la permanencia del parentesco de afinidad es independiente de la disolución del vínculo matrimonial⁶⁶⁶.

Por último la doctrina ha declarado plausible la equiparación que se hace en materia de recusación, entre parejas de hecho y parejas casadas, siendo éste un referente

cualquiera de las partes frente al perjuicio que pudiera deparar su concurrencia, encontraría justificación como garantía de la apariencia de imparcialidad en la actuación jurisdiccional que podía verse menoscabada no obstante la fidelidad de la actuación judicial a la norma aplicable al caso.

⁶⁶² DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGA TORRES, J.: *Derecho Procesal. Introducción*. Op. Cit. Pág. 297.

⁶⁶³ GOMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal*, 10ª ed. Madrid, 1987, pág. 53.

⁶⁶⁴ LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de familia*, y otros, Barcelona, 1997, pág. 36, refiere que “por razones de intensidad en el vínculo, el Derecho no pone límites al parentesco en línea recta descendente y ascendente; en la colateral, el límite más característico del actual Derecho civil español está fijada en el cuarto grado”.

⁶⁶⁵ Vid. HERRERA CAMPOS, *Curso de Derecho Civil I, Parte general y derecho de la persona*, Coord., por Moreno Quesada, Valencia 2000, pág. 114 y ss.

⁶⁶⁶ Vid, en ese sentido GARCIA CANTERO, *Nulidad del Matrimonio*, en *Derecho de Familia, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993, pag. 49; PONS GONZALEZ Y DEL ARCO TORRES, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial; régimen jurídico*, Granada, 1985, pág. 143.

más en la tendencia que se constata en el ordenamiento jurídico de dotar de efectos jurídicos a las denominadas uniones de hecho⁶⁶⁷.

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

En cuanto al vínculo matrimonial, nos referimos a lo expuesto anteriormente. Hacer aquí mención especial en la relación que se expresa con el letrado, hemos de tener en cuenta que este término empleado en la definición es más amplio que el de abogado, extendiendo su comprensión al de licenciado en derecho⁶⁶⁸.

En cuanto al parentesco, aparte de lo dicho anteriormente vemos que en este apartado 219.2 LOPJ, se reduce al segundo grado, mientras que en el anterior precepto se extiende al cuarto grado. Señala GONZALEZ GALAN⁶⁶⁹ que la razón de ser de éste diverso alcance se encuentra en el entendimiento de que la parte, por lógica tienen un interés mayor que el de su abogado o procurador en el que el juez resuelva a su favor, por lo que el grado de presión que pretenda ejercer será también de mayor intensidad. Por ello, consecuentemente el grado de prevención que disponga también debe ser más amplio.

3.- *Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de estas.*

Para estimar concurrente esta causa de recusación es suficiente acreditar la existencia de la relación tutelar en un momento previo al proceso, aunque en la actualidad se hubiese extinguido, con independencia de la permanencia en el tiempo del sentimiento afectivo que se estima implícito.

Por lo que se refiere a la delimitación de la expresión “haber sido”, que es precisa para delimitar el ámbito de esta causa de recusación, podemos decir que hay dos posturas, la primera incide en su vertiente objetiva⁶⁷⁰ y considera que la previsión de esta causa se circunscribe a eliminar el riesgo que para la imparcialidad judicial comporta la posibilidad de haber obtenido un conocimiento cualificado y extraprocesal de los hechos, por mor de las relaciones profesionales que hubiera mantenido con una de las partes, y frente a esta postura tenemos otra que incide en el aspecto subjetivo de

⁶⁶⁷ Considerando la finalidad propia del precepto que no es otra que prevenir la sospecha de parcialidad del juez, hemos de entender irrelevante que la relación estuviere constituida por personas de distinto o del mismo sexo biológico, puesto que lo que interesa es la affectio que vincula a las partes de la relación jurídica o de facto, así como su establecimiento con un proyección de estabilidad.

⁶⁶⁸ Recordemos que el concepto de abogado de acuerdo con el art. 9.1 del Estatuto General de la Abogacía RD 658/2001, de 22 de junio, se refiere a quienes “incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados”.

⁶⁶⁹ GALAN GONZALEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*, Op. Cit., pág. 107.

⁶⁷⁰ Vid. MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Op. Cit., pág. 235.

esta causa, y considera que el fundamento que subyace al establecimiento de esta circunstancia es evitar el peligro que a la imparcialidad judicial comporta la relación de afectividad, proximidad o cuando menos, de confianza que supone la relación abogado-cliente, sobre todo cuando éste es designado por la parte⁶⁷¹.

En definitiva hemos de convenir que la existencia de la relación profesional abogado-cliente para albergar una relación de carácter personal y privada entre quienes la conforman, tiene suficiente capacidad, como para objetivar su presencia con la acreditación de haber mantenido la misma. Y en este sentido la expresión “haber sido”, no sólo contemplaría el asesoramiento jurídico llevado a cabo en relación al mismo proceso o en un asunto que guarde relación con el objeto del proceso del que trae su causa, sino que cualquier otra clase de asesoramiento o representación que hubiere mantenido el juez con una de las partes, tenga o no relación con el proceso, debiera tomarse en consideración como hecho constitutivo de este motivo de recusación⁶⁷².

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

La aflicción de esta causa tiene como base la denuncia o querrela interpuesta por una de las partes frente al juez o magistrado, y halla su fundamento en el resentimiento o sentimiento de venganza que dicha circunstancia pudiera generar en el juez o magistrado frente a quien se formula.

Ahora bien para la observación de esta causa no basta la mera interposición de la denuncia o querrela, porque ello sin duda alguna estimularía la interposición de denuncias o querrelas carentes de todo fundamento con la única y exclusiva finalidad de separar al juez competente en el conocimiento del proceso. Es por ello que se requiere que la denuncia o querrela se hubiesen interpuesto con carácter previo a la iniciación del proceso en el que se quiere hacer valer ésta como causa de recusación⁶⁷³. Asimismo se requiere que la denuncia o querrela hubieran sido admitidas a trámite, dando lugar a la incoación del procedimiento penal, es decir se requiere que éstas ofrezcan visos de veracidad. Esta exigencia adicional pretende evitar que cualquiera de las partes, durante la sustanciación del proceso, intente prefabricar este motivo para apartar al juez que considere molesto.⁶⁷⁴ Recordemos también que hasta la LO 5/95 además de la exigencia

⁶⁷¹ Vid FERNANDEZ LOPEZ, RIFA SOLER, y VALLS GOMBAU, *Derecho Procesal Práctico, formularios y jurisprudencia sobre el proceso civil*. Tomo II, Madrid, 1992, pág. 145.

⁶⁷² Vid. en este sentido a DE LA OLIVA SANTOS y FERNANDEZ, *Derecho Procesal Civil I. Introducción, El Proceso Civil, sus tribunales y sus sujetos*, Madrid 1991, pág. 395.

⁶⁷³ Naturalmente, si durante el transcurso del proceso principal el juez cometiera cualquier acto de naturaleza delictiva, y fuese denunciado o querrellado por cualquiera de las partes, tal actuación puede integrar esta causa de separación del juez. En este caso, sin embargo, para prevenir un uso fraudulento de la recusación se deben extremar las garantías a la hora de admitir a trámite la querrela, exigiendo especial rigor en la observancia de los extremos que justifican su admisión.

⁶⁷⁴ Vid. entre otras, STS de 30 de junio de 1998 (RJ 1998\5285), de 30 de marzo de 1998 (RJ 1998\4239).

de haberse formulado querrela, no bastando la simple denuncia de los hechos, se requería la celebración del antejuicio.⁶⁷⁵

Por último tengamos en cuenta que la LO 19/2003, exige para la observación de esta causa que el haber sido denunciado o acusado por una de las partes sólo proyectará efectos futuros cuando el proceso hubiere finalizado con una sentencia de condena, y por lo tanto no lo hará cuando hubiese terminado con sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.

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

Con la conformación de esta causa de recusación quedan resueltas las discusiones doctrinales sobre si debía estimarse implícito en la precedente causa de recusación las quejas elevadas al superior jerárquico que pudieran suponer una sanción disciplinaria al juez. Lo que no queda resuelto es la limitación de su ámbito temporal, puesto que la causa solo es posible en caso de que el expediente sancionador hubiese finalizado condenando al juez con sanción disciplinaria. No prevé el legislador como supuesto de esta causa el haber sido admitida a trámite un expediente sancionador, estando el mismo pendiente.

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

En opinión de DE LA OLIVA⁶⁷⁶, este apartado debiera de haber sido matizado por cuanto que también incurrirían en causa de abstención y recusación los juzgadores que tengan o hayan tenido una relación de prestación de asesoramiento jurídico con las partes o con personas jurídicas en las que las partes tuviesen o tengan interés económico de importancia o un poder de decisión, directo o indirecto de índole semejante⁶⁷⁷.

En opinión de MONTERO AROCA⁶⁷⁸, esta causa, junto con el supuesto previsto en el número 11 del artículo, no son sistematizables en la clasificación tradicional de causas subjetivas y objetivas, y esto se debe en su opinión a que dichas

⁶⁷⁵ Al antejuicio ya nos hemos referido en otro lugar de este trabajo, recordar aquí que el mismo constituía un procedimiento previo que tenía por objeto examinar el contenido de la querrela que hubiere formulado un particular contra un juez o magistrado por hechos delictivos que hubieran sido cometidos en el ejercicio de sus funciones, a fin de determinar si existían motivos bastantes para admitirla, o si por el contrario, se debía proceder a su inadmisión por estimarla carente de fundamento alguno. VID. GOMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal penal*, 10ª edición, Madrid 1987, pág. 332.

⁶⁷⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGA TORRES, J.: *Derecho Procesal. Introducción*. OP. Cit. Pág. 298.

⁶⁷⁷ Y es que como dice DE VICENTE Y CARAVANTES, J., *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procesos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Tomo I. Madrid, 1856. pág. 102. utilizando una sutil terminología, “siendo las seducciones del amor propio las más difíciles de vencer, existe la presunción de que va a favorecer el Juez a la parte a quien defendió o aconsejó anteriormente”.

⁶⁷⁸ MONTERO AROCA, J. *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Op. Cit., pág. 227, 238 y ss.

causas no se refieren a la imparcialidad del juez, sino a la incompatibilidad de funciones procesales.

En definitiva se trata aquí de que son incompatibles las funciones de abogado, procurador, fiscal, perito y testigo con la función procesal de juez, y ello en atención a un reparto de roles que es intrínseco con la regulación caracterizadora de lo que es un proceso.

Por último hemos de hacer mención a que la relación familiar del juez con los testigos y peritos que intervienen en el desarrollo del proceso no constituye una causa de recusación del juez⁶⁷⁹. No obstante el legislador si ha estimado que la previa intervención del juez en el desarrollo del proceso en concepto de testigo o perito constituye una causa de recusación objetiva. En este caso considera relevante el prejuicio que para su imparcialidad se deriva de la existencia de un conocimiento cualificado y previo, obtenido al margen del juicio y sin las garantías de publicidad y contradicción que él mismo conlleva para las partes. Y es por ello que la falta de previsión del legislador respecto de la relación familiar entre el juez y el testigo o perito de las partes como causa de recusación, merece nuestra sorpresa y reproche, habida cuenta de que no cabe duda de que también en este caso existe el riesgo de que el juez hubiere podido obtener un conocimiento cualificado y extraprocesal de los hechos que son objeto de enjuiciamiento, sin las garantías inherentes al juicio, a través de la persona con la que le une tan íntima e intensa relación⁶⁸⁰.

7.- Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquier de las partes.

La doctrina considera esta causa como la situación inversa a la que se observa en el número 4º del art. 219 de la LOPJ. El Juez sólo puede actuar en el proceso penal en su condición de acusador particular, y como señala MORENO CATENA, podía decirse que su intervención aparece teñida de una especie de sentimiento de venganza.⁶⁸¹ Y por último digamos que la denuncia ha de ser directa, lo cual presupone una relación personal directa entre el magistrado recusado y el denunciado-recusante, razón por la

⁶⁷⁹ Tampoco esta circunstancia está prevista dentro del elenco de causas que posibilitan la tacha de peritos y testigos, que establecen los arts. 343 y 377 LEC, respectivamente, ni en la relación de aquéllas que posibilitan la recusación del perito del art. 124 LEC.

⁶⁸⁰ Para una posible reforma, la solución ha adoptar debiera ser diferente atendiendo a si se trata del perito o del testigo. Para el primer caso, el del perito, el ordenamiento jurídico debiera posibilitar la sustitución del perito antes que la abstención o recusación del juez, mientras que para el segundo caso, la del testigo, la solución pasaría por separar al juez en el conocimiento del asunto cuanto incurra en una relación familiar con el testigo, y por lo tanto esta ha de ser incluida como una nueva causa de recusación en el listado actualmente existente.

Y esto se debería al hecho de que “el testigo no se elige, sino que viene determinado por su relación histórica con los hechos”. Vid. GOMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, 9 edición, Valencia 2000, pág. 322.

⁶⁸¹ Vid. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal* y otros, 3ª ed. Madrid, 1999, pág. 250. En contra ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO Y LEVENE, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Buenos Aires, pág. 26, que no aprecia ese sentimiento de venganza en “la conducta de quien, autorizado por la ley y dentro de sus cauces, renuncia precisamente a toda actitud de venganza y se limita a pedir a un tercero imparcial, el juez, que aplique al delito el castigo pertinente”.

cual no debe considerarse el hecho configurador de esta causa el que la denuncia hubiera sido interpuesta por una asociación judicial a la que pertenezca el recusado⁶⁸².

8.- *Tener pleito pendiente con alguna de éstas.*

Hemos de decir con GONZALEZ GALAN⁶⁸³, que tradicionalmente se ha venido entendiendo que el término “pleito” expresa la existencia de un proceso civil en sentido estricto, definiéndose este concepto principalmente por la nota de la jurisdicción que lo caracteriza, y la existencia de dos partes enfrentadas o en contradicción. No obstante lo dicho hemos de entender incluido en el término pleito el arbitraje, pues este junto al proceso es un método de resolución de conflictos heterocompositivos.

Por lo que se refiere a la litispendencia, entendemos que la misma se da cuando una vez ha sido interpuesta la demanda, ésta es admitida a trámite,⁶⁸⁴ y a fin de evitar actuaciones fraudulentas estimulando la interposición de demandas carentes de fundamento con el único propósito de separar al juez del conocimiento del asunto se debe exigir, al igual que referíamos respecto del apartado 4 del artículo 219 de la LOPJ, que estuviese planteada de forma previa al proceso en el que se quiere hacer valer como causa de recusación.

9.- *Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes.*

A diferencia de los demás motivos de recusación que se recogen en la ley, cuyo concepto viene delimitado por hechos determinados y concretos, en este supuesto se hace invocación de un sentimiento, que puede ser de amistad o enemistad y que, como tal permanece en lo más recóndito del intelecto humano. Es por ello que la doctrina califica esta causa de recusación como causa de carácter abstracto en contraposición a aquellas causas de recusación definidas por la concurrencia de un determinado hecho.⁶⁸⁵

GONZALEZ GALAN define esta causa de recusación como “aquél estado psicogénico del juez hacia una de las partes, dimanantes de sus relaciones personales y privadas, cuya entidad provoca una incompatibilidad con el equilibrio y ponderación que ha de presidir toda actuación jurisdiccional, de ahí que se posibilite su separación”⁶⁸⁶.

⁶⁸² Vid sobre esta cuestión el ATC 227/1990 de 4 de junio (RTC 1990\227).

⁶⁸³ GALAN GONZALEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*, Op.Cit., pág. 177.

⁶⁸⁴ Vid. MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, 9ª ed. Valencia, 2000, pag. 192; o CORTES DOMINGEZ, *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed. Madrid. 2001, pág. 188.

⁶⁸⁵ Vid. MONTERO AROCA, J. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Op. Cit., pág. 229.

⁶⁸⁶ GALAN GONZALEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*, Op. Cit., pág. 140.

En la delimitación y cualificación del sentimiento el legislador exige que la amistad tenga el carácter de “intima”⁶⁸⁷, y que la enemistad tenga la cualidad de “manifiesta”⁶⁸⁸, de esta forma restringe el alcance y extensión de esta causa de recusación. Y lo que parece indudable es que la relación de enemistad debe ser acreditada, y puesto que se trata de un hecho psicológico que permanece oculto en el interior del hombre, únicamente puede probarse a través de hechos físicos que se manifiestan a nuestros sentidos externos⁶⁸⁹.

Por último llamar la atención de que no se hayan incluido a los abogados y procuradores de cualquiera de las partes en el ámbito subjetivo que perfila esta relación recusable, pues la amistad íntima o enemistad manifiesta que cualquiera de estos profesionales puede tener incidencia sobre la actuación del juez afectando a su libertad para dictar una resolución imparcial.

10.- Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.

Dice GONZALEZ GALÁN⁶⁹⁰, que la expresión “tener interés en la causa o pleito”, debe ser entendida como una inclinación más o menos vehemente del ánimo a que la resolución de la causa se manifieste en un sentido determinado, debido a la conexión que existe entre la relación deducida en el proceso y la relación jurídico material de la que es titular el juez.

Hemos de señalar que la doctrina identifica el término interés directo establecido como causa de separación del juez, y aquél que subyace a la legitimación para intervenir

⁶⁸⁷ La intimidad es un concepto técnicamente indeterminado, pero en ningún caso es subjetivo. Por tanto su estimación se subordina a que resulte acreditada la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas aprehensibles por los sentidos que, conforme a un criterio general de la sociedad se pueda considerar que dicha relación penetra en el ámbito privado de la persona, en su esfera de familiaridad. (Vid. STC 226/1988, RTC 1988\226, que señala que el sentimiento de amistad aparece caracterizado por la nota de intimidad “cuando penetra y se sitúa en la zona espiritual y reservada de la persona”).

⁶⁸⁸ Para algunos autores este calificativo de manifiesta, se refiere al grado de intensidad que debe percibirse en la relación personal, y que justificaría la separación del juez en el que concurre. Y por otro lado no faltan autores que señalan que el calificativo tan sólo exige un significado de publicidad, por lo que expresa que ese sentimiento se haga ostensible y conocido por terceros. Así por ejemplo en el primer sentido podemos ver a GONZALEZ MONTES, J.L., *Instituciones de derecho procesal*, Op. Cit. pág. 201; DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil I*, Madrid, 1991, pág. 396 que entiende que el adjetivo “manifiesta” supone “la exigencia de que la animadversión sea real y seria y no imaginaria o insignificante”; en el segundo sentido podemos ver a VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia de la LEC*, 4ª ed. Madrid, 1989, pág. 230, para quien “manifiesta” es sinónimo de evidencia, de presencia inequívoca de signos externos.

Por su parte la jurisprudencia del TS, en la mayoría de los casos ha defendido una asimilación de la adjetivación gramatical que acompaña al término de enemistad, a ostensible o manifestada por hechos externos. Vid. STS 18 de mayo de 1932 (RJ 1932\2023), STS de 29 de julio de 1998 (RJ 1998\5855), STS 24 de enero de 1997 (RJ 1997\1236)). Pero también ha esgrimido “el criterio de la suficiencia” al resolver sobre la procedencia o no de esta causa de recusación. Vid. STS de 2 de diciembre de 1958 (RJ 1958\3723), STS de 24 de abril de 1983 (RJ 1983\2300), o la STS 29 de julio de 1988 (RJ 1988\5855).

⁶⁸⁹ Cfr. BENTHAN, *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1971, pág. 26.

⁶⁹⁰ GALAN GONZALEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*, Op. Cit., pág. 273.

en el proceso, y correlativamente justifica la aplicación de esta causa en aquellos supuestos en los que, no obstante no haberse constituido en parte, se encuentra legitimado para ello⁶⁹¹.

Por último señalemos que la distinción entre interés directo e interés indirecto debe hacerse teniendo en consideración si el beneficio que reporta o el perjuicio que evita la resolución judicial se produce de una manera directa en la persona o patrimonio del juez, o de forma mediata a través de personas interpuestas.

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

La redacción de la causa 11^a, fue introducida por la LO 19/2003, anteriormente el supuesto se preveía en el número 10 del artículo y no hablaba de “haber participado”, sino “haber actuado”, por lo que la nueva redacción es cualitativa puesto que afecta no sólo al instructor del proceso penal de que se trate, sino también del que haya intervenido en la instrucción de suerte que haya podido convertirse en “juez prevenido”⁶⁹². Y asimismo hemos de decir que aunque la casación, la revisión o la suplicación no son instancias en sentido técnico-jurídico, procede la recusación cuando en tales recursos aparecen como juzgadores quienes dictaron sentencias antes.

En definitiva esta causa atiende a que en un mismo proceso existen fases o actividades que no deben ser atribuidas a un mismo juez, a riesgo de desvirtuarlas, de que sea desconocida la manera como el legislador ha conformado el proceso⁶⁹³.

El elemento conformador de esta causa, no era otro que realizar actuaciones cuya naturaleza participase del carácter instructor. Y en este sentido, dicho carácter no se hallaba en relación con el hecho de que éstas se hubiesen practicado dentro de la fase de instrucción o al margen de la misma. Por ello, también resultaban subsumibles dentro de su ámbito de comprensión, aquellas que practicadas en la fase intermedia fueren participes de este carácter, e inclusive aquéllas practicadas por la Audiencia Provincial al conocer de los recursos devolutivos interpuestos contra las resoluciones dictadas por el juez de instrucción.

⁶⁹¹ Así ARIAS DOMINGUEZ, *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*, Op. Cit. Pág. 152, concreta que “debemos entender por interés directo en el proceso no sólo cuando el recusable es parte principal en el mismo, sino también cuando lo fuere adhesivamente o se hallase con otra persona en una relación de solidaridad o de mancomunidad activa o pasiva”.

⁶⁹² Vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal, Introducción*, 2^a ed. Madrid 2001, pág. 64, el cual recoge dentro de los principios del proceso el del “juez no prevenido” que considera establecido “con el propósito de que lo decisivo para el contenido de la sentencia sea el fruto de una limpia e igualitaria contienda procesal, contemplada y valorada por el tribunal sentenciador con garantías de plena imparcialidad (objetiva se suele añadir), se dispone, en los casos referidos, que aquél o aquéllos que dirigieron la investigación no pueda intervenir en la decisión”; CORDON MORENO, *Las garantías constitucionales del Proceso penal*, Navarra, 1999, pág. 104.

⁶⁹³ El hecho de que el Juez que ha resuelto el proceso en la primera instancia, conoce posteriormente del recurso de apelación, no significa que peligre su imparcialidad, el decidir a favor o en contra de una de las partes, sino que la misma existencia del recurso se vería desvirtuada y sin sentido, y con ello, el derecho de la parte al recurso. Lo mismo sucede cuando el juez que instruye después conoce y falla, se desconocería la división de la instancia en dos fases del proceso penal.

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

Hemos de señalar que en esta causa el legislador no ha considerado la posibilidad de que el juzgador sea o haya sido subordinado de alguna de las partes, por ejemplo de uno de los abogados intervinientes, o por ejemplo que el juzgador en la administración de su patrimonio se encuentre subordinado a un funcionario público como autoridad competente que va a conceder o denegar una licencia o una subvención. En definitiva el legislador ha configurado esta causa por la relación bilateral de subordinación en sentido unidireccional, esto es, de cualquiera de las partes respecto del juez que debe resolver la contienda litigiosa, no a la inversa.

GALAN GONZALEZ⁶⁹⁴ distingue entre una relación de subordinación orgánica dentro de la cual hemos de considerar una relación jerárquica funcional del personal que presta su servicio en el juzgado u órgano jurisdiccional del que es titular el juez o magistrado recusado, y una relación de subordinación del personal que presta su servicio para el juzgado o tribunal integrado en un cuerpo o escala especializado que auxilia o colabora con los jueces y tribunales y por otro lado o en segundo lugar distingue una relación de subordinación de carácter privado, con un carácter externo o extraprofesional, surgida de las relaciones laborales de prestación de otros servicios, entre los que se incluyen tanto los que estén retribuidos como los gratuitos, siempre que impliquen una relación de dependencia. Se incluye la relación de subordinación con independencia de su mayor o menor intensidad, con lo que se incluiría también la relación de servicio doméstico⁶⁹⁵.

Por otro lado hemos de hacer constar que la relación de subordinación sólo puede plantearse entre el juez y cualquiera de las partes, sin que quepa incardinar en esta causa la relación de dependencia o de subordinación al juez con cualesquiera otras intervinientes en el proceso en concepto distinto de parte.

⁶⁹⁴ GALAN GONZALEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*, Op. Cit., pág. 156.

⁶⁹⁵ Hemos de considerar que quizá la amplitud con que se conforma el régimen de incompatibilidad del cargo de juez en el art. 389 de la LOPJ, justifica el que de manera exclusiva se advierta como causa de recusación la relación de dependencia entre cualquiera de las partes y el juez, y no la relación de subordinación inversa, esto es, cuando cualquiera de las partes es la que se halla respecto del juez en una situación de superioridad. En este sentido se expresan PRIETO CASTRO, *Derecho de los Tribunales*, Op. Cit., pág. 294; GONZALEZ MONTES, J.L. *Instituciones de Derecho Procesal*, Op. Cit., pág. 202.

Asimismo hemos de valorar que no obstante lo anterior, la excepción que al régimen de incompatibilidad judicial ha supuesto la posibilidad de desarrollar tareas docentes e investigadoras, así como la creación literaria, artística, científica o técnica, y las publicaciones derivadas de aquellas, conlleva admitir la posibilidad de que, en lo que al desempeño de estas actividades compatibles se refiere, pudiera entablarse una relación de subordinación entre el juez y el empresario que le contrata para el desempeño de las mismas. Como dice VAZQUEZ RODRIGUEZ, *La abstención de los jueces y magistrados*, Tapia, núm. 67, marzo-abril, 1998, “esto acontecerá por ejemplo si es profesor de una universidad privada, en la que se producen relaciones de jerarquía, pues en definitiva, es empleado de una empresa en que dicha institución se integra, con estatuto de trabajador del sector privado y plenamente compatible con la actividad jurisdiccional”.

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

Por lo que se refiere a esta causa número 13, ha declarado la jurisprudencia que el derecho a un Juez imparcial no queda afectado por el simple hecho de que el magistrado recusado haya ostentado un cargo público dentro del Poder Ejecutivo antes de incorporarse a su anterior plaza judicial, sino que para que tal afectación se produzca se requiere que, con ocasión del desempeño de dicho cargo, el magistrado aludido haya podido formar criterio sobre el objeto del pleito o causa, sobre las partes o sobre sus asesores. De ahí la nueva redacción dada a esta causa de abstención y la supresión de la excedencia forzosa de jueces y magistrados que aspiren a o hayan obtenido, cargo público electivo o cargo político o de confianza que había establecido la LO 5/1997 de 4 de diciembre.

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

Este precepto contempla una causa de recusación específica para los procesos en los que la Administración intervenga en calidad de parte, que viene a sustituir al antiguo art. 25 LJCA⁶⁹⁶ y al derogado art. 220 de la LOPJ.

Se trata en definitiva de una causa específica de recusación para los procesos en los que la Administración intervenga en calidad de parte, se configura como una causa de naturaleza subjetiva y complementa el régimen recusacional establecido con carácter general para todos los órdenes jurisdiccionales. Debe entenderse su aplicación delimitada exclusivamente a la relación de proximidad o distanciamiento, jurídico o social que vincula al juez con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto, o que hubiese informado respecto del mismo, o realizado el hecho por razón del cual se sigue el proceso en alguno de las circunstancias que contempla el art. 219 (1 al 9, 12 y 13) de la LOPJ.

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

Nuestro sistema de recusación no distingue entre causas de inhabilidad y de sospecha del juez por lo que el conocimiento en la instancia previa no significa la

⁶⁹⁶ El artículo 25.2 de la LJCA establecía que “Se entenderán justas causas de recusación además de las señaladas en la LEC, las siguientes: Tener parentesco de consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil, con Autoridad o dentro del segundo grado con funcionario con categoría de Jefe de Administración que estuvieren al servicio en la circunscripción territorial, del mismo ramo de la Administración General del Estado de que emanase el acto o de la Corporación o Institución de que proviniera. Encontrarse con la Autoridad o funcionario que hubieren dictado el auto o informado respecto del mismo, en alguna de las circunstancias mencionadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de los litigantes”.

nulidad del acto así practicado. Siguiendo a MONTERO AROCA podríamos decir que la configuración de esta circunstancia como causa de recusación desvirtúa el concepto mismo de recurso.⁶⁹⁷

No cabe duda de que el establecimiento de una incompatibilidad de funciones refuerza el desarrollo del proceso en sucesivas fases y la devolución de los recursos, ya que de otro modo la finalidad de revisión y control de la actividad jurisdiccional que llevan a cabo los recursos quedaría vacía de contenido⁶⁹⁸. Pero en última instancia, esta causa de recusación tiene como finalidad primordial garantizar la imparcialidad del juez, en cuanto que un juez que ya ha expresado su convicción en la anterior instancia difícilmente se puede apartar del criterio ya manifestado.

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

Esta causa de recusación, junto con la que se recoge en el apartado número 13 es heredera de las diversas críticas que suscitó el precedente inmediato entre la doctrina. Recordemos que el precedente normativo se encuentra en la LO 5/1997 de 5 de diciembre de modificación de la LOPJ 6/1985, que modificando el elenco legal de circunstancias que justifican la sospecha de parcialidad judicial⁶⁹⁹, introdujo en el art. 219.12 de la LOPJ una nueva causa de recusación.⁷⁰⁰

Señalemos que el dato objetivo de haber ostentado un determinado cargo público no era suficiente como hecho conformador de esta causa de separación, sino que además era necesario que él mismo justificase la obtención de un conocimiento cualificado y extraprocésal de la cuestión que constituye el objeto del litigio, o bien la posibilidad de haberla obtenido. Así pues la razón principal que justificaba la previsión de esta causa era evitar que el juez enjuiciador hubiese obtenido un determinado conocimiento, cualificado y extraprocésal de los hechos sobre los que debe resolver, lo que en principio permitió clasificar a esta causa de recusación dentro de la categoría de las causas objetivas, y este carácter objetivo es el que se reafirma y subraya por la nueva configuración de la causa por mor de la LO 19/2003.⁷⁰¹

⁶⁹⁷ Vid. MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Op. Cit., pág. 253-255.

⁶⁹⁸ Vid. STC 282/1993 (RTC 1993\282) de 27 de septiembre; 11/2000 (RTC 2000\11) de 17 de enero; STC 151/ 2000 (RTC 2000\151) de 12 de junio.

⁶⁹⁹ Recordemos que esta reforma se dio por un acontecimiento concreto en nuestro panorama judicial y político, por lo que fue objeto de amplia crítica. Así se reconoce en la STS de 29 de julio de 1988 (RJ 1988\ 5855) fundamento Jurídico quinto que señala “aunque pudiera ser que la actividad del Magistrado titular del Juzgado Central de Instrucción, núm. 5 en esta causa y en otras también relativas al llamado grupo GAL fuera políticamente la razón de ser de esa parte de la modificaciones que la LO 5/1997 introdujo en la LOPJ en las materias antes expuestas”.

⁷⁰⁰ La cual se expresaba de la siguiente manera: “Haber ocupado el Juez o Magistrado cargo público con ocasión del cual haya podido formar criterio, en detrimento de la debida imparcialidad, sobre el objeto del pleito o causa, sobre las partes, sus representantes y asesores”.

⁷⁰¹ De esta forma se abandona de forma definitiva la perspectiva subjetiva que tantas crítica alentó entre la doctrina. Vid. ARIAS DOMINGUEZ, *La Abstención y la recusación*, Op. Cit., pág. 207; SANTOS VIJANDE, *Abstención y recusación de jueces y magistrados (I)*, La Ley, 4719, 1999, pág. 8.

Entiende MONTERO AROCA⁷⁰² que no todas las causas de abstención y recusación se refieren de modo directo a garantizar la imparcialidad del juez, pues algunas de ellas atienden a algo tan distinto como es garantizar la efectiva incompatibilidad de funciones procesales, por ello considera que los medios de la abstención y la recusación no tienen siempre como finalidad apartar al juez del conocimiento de un proceso por concurrir una circunstancia que pone en riesgo su imparcialidad (es decir un hecho o situación que genera la sospecha fundada de que el juez puede servir los intereses de una de las partes), pues a veces se utilizan también para que un juez no realice en un mismo proceso funciones procesales que la ley considera incompatibles entre sí. La razón de ser de unas y otras causas es distinta y también deberían serlo los efectos de su incumplimiento en el caso concreto⁷⁰³.

Por su parte MORENO CATENA⁷⁰⁴ agrupa estas dieciséis causas en tres grandes conceptos, hablando en primer lugar de razones de parentesco o de vínculos afectivos (art. 219, 1º, 2º, 3º, 14º y 15º LOPJ), un segundo grupo se fundamentaría en razones de amistad o enemistad (art. 219, 4º, 5º, 7º, 8º y 9º LOPJ), y por último habría un tercer grupo que se refieren a las razones de interés, de incompatibilidad o de supremacía (art. 219, 6º, 10º, 11º, 12º, 13º y 16º LOPJ).

En cuanto al momento en el que debe plantearse la recusación, la Ley exige que se proponga tan pronto como se tenga conocimiento de la existencia de la causa que la funde (Art. 223 LOPJ). Esta prescripción tiene por objeto evitar comportamientos dilatorios dentro del procedimiento (STC 140/2004 de 13 de septiembre, RTC 2004\140). De esta manera, la LEC exige que se notifique la composición completa de la Sala, pero este momento no opera como una preclusión rígida para proponer la recusación si no se desprende y demuestra que el demandante tuviera ya conocimiento de la causa de recusación (STEDH 17 de junio de 2003).

La consecuencia inmediata del planteamiento de la recusación es el apartamiento provisional del recusado, pasando el asunto a conocimiento del sustituto (Art. 225.1 LOPJ). La Ley es muy rigurosa en la individualización de la persona que la plantea, exigiendo que se formule por escrito, firmado por el recusante quien deberá ratificarse

⁷⁰² MONTERO AROCA, J. *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Op. Cit. pág. 236.

Vid también GALAN GONZALEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*, Op. Cit., pág. 40.

⁷⁰³ Las causas que atienden a la imparcialidad se basan por lo tanto en la concurrencia de una circunstancia ajena al proceso, previa al mismo, que existe aunque no llegara a existir el proceso y que el legislador considera que pone en riesgo el que un juez determinado cumpla su función jurisdiccional del modo como debe serle exigida, esto es, por poner en riesgo la misma actuación del Derecho objetivo en el caso concreto. Por el contrario, las causas de abstención y de recusación que atienen a la incompatibilidad de funciones procesales no se basan en circunstancia alguna ajena y previa al proceso, sino que esa circunstancia tiene su origen en el proceso mismo y si el proceso no se hubiera incoado no hubiera llegado a existir. El legislador en este caso no considera que aquí esté en riesgo el ejercicio mismo de la función jurisdiccional con su actuación del Derecho Objetivo, sino únicamente que esa actuación no se realizaría del modo procesalmente previsto por él al regular de una manera determinada el proceso.

⁷⁰⁴ MORENO CATENA, V., y CORTES DOMINGUEZ V., *Introducción al Derecho Procesal*, Op. Cit. pág. 144 y 145.

ante el Secretario judicial de no intervenir procurador, en su caso por el abogado y el procurador si interviniesen en el pleito, teniendo este último que contar con poder especial para la recusación (Art. 223.2 LOPJ).

Por último hemos de recordar que el CGPJ se ha pronunciado en diversas ocasiones⁷⁰⁵ sobre la conveniencia de estudiar la inadmisión de plano de la recusación con base en la interpretación del artículo 11.2 de la LOPJ⁷⁰⁶, en aquellos casos en que la petición fuera manifiestamente infundada, abusiva o temeraria y se incurra, en consecuencia, en infracción “de su deber de probidad y de su obligación de actuar en el proceso sin formular incidentes dilatorios, obligaciones procesales todas ellas que dimanen de la genérica obligación de colaboración con la recta Administración de Justicia, proclamada por el artículo 118 de la CE”⁷⁰⁷; por supuesto salvo que la resolución del incidente de recusación requiera “de una tarea interpretativa, respecto del encaje o la falta de encaje de los hechos y de la protección sobre ella formulada en las normas, porque ello exige la sustanciación del incidente” (STC 47/1992, RTC 1992\47). No obstante en la reforma de 2003 se prescinde de la inadmisión de plano salvo en aquellos casos en los que no se expresaron los motivos en que se funden, o cuando no se acompañan los documentos a que se refiere el apartado 2 del artículo 223 LOPJ.

⁷⁰⁵ Cfr. Acuerdos de 2 de agosto de 1996, de 10 de diciembre de 1997 y de 11 de mayo de 1998, del CGPJ.

⁷⁰⁶ El art. 11.2 LOPJ señala que “Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”.

⁷⁰⁷ STC 234/1994 (RTC 1994\234).

PARTE SEGUNDA

ESTATUS FUNCIONARIAL DE JUECES Y MAGISTRADOS

PARTE SEGUNDA

ESTATUS FUNCIONARIAL

1. EL JUEZ COMO FUNCIONARIO PÚBLICO.

En esta segunda parte del trabajo pretendemos abordar el estatus de los jueces y magistrados desde la perspectiva funcional de la misma, es decir desde la óptica administrativa que afecta al Juez o Magistrado como funcionario público, debiendo convenir ya, desde estas líneas, que la relación de servicios de los integrantes de la Carrera Judicial, en sus rasgos esenciales no es distinta de la que tiene cualquier funcionario público.

Dice MONTERO AROCA⁷⁰⁸, que sólo cuando se parte de la división de poderes constituidos y a cada uno de ellos se le atribuye una potestad y una función propia y exclusiva, se hace necesario establecer distinciones y así aparecen los que podemos denominar autoridades (o gobernantes) y los que son simples funcionarios. Los primeros en opinión de este autor tienen atribuida potestad y su estatuto debe regirse por normas de derecho político, mientras que los segundos no tienen potestad y las normas configuradoras de su estatuto personal, aunque tengan base constitucional, son de derecho administrativo. Es por ello que MONTERO AROCA distingue dos grandes grupos de personas al servicio del Estado, por un lado las autoridades o gobernantes que serían los investidos de potestad, tanto legislativa como ejecutiva o jurisdiccional, dentro de los cuales, a su vez, han de existir estatutos distintos atendiendo a la función que debe desempeñarse, así por ejemplo el estatuto de diputado o de senador se regirá por la Constitución, por la ley electoral (Art. 70 CE)⁷⁰⁹ y en menor medida por el

⁷⁰⁸ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, 12ª Edición, Valencia 2003, pág. 94 y 95.

⁷⁰⁹ Art. 70 CE “1. La ley electoral determinará las causas de ineligibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán en todo caso:

- a) A los componentes del Tribunal Constitucional.
- b) A los altos cargos de la Administración del Estado que determine la ley, con excepción de los miembros del Gobierno.
- c) Al Defensor del Pueblo.
- d) A los Magistrados, Jueces y Fiscales en activo.
- e) A los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo.
- f) A los miembros de las Juntas Electorales.

2. La validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas cámaras estará sometida al control judicial, en los términos que establezca la ley electoral.

reglamento de cada cámara (Art. 72 CE)⁷¹⁰, y el estatuto jurídico de jueces y magistrados se regula en la Constitución y en la LOPJ.

Por otro lado o en segundo lugar distingue a los funcionarios, que serían aquellos servidores del estado que no tienen potestad, y que lo son normalmente de las Administraciones Públicas (art. 103 CE), y con sus estatutos propios (Estatuto Básico de la función pública, ley de régimen local, etc.), pero que también pueden serlo de las Cortes Generales (Art., 72.1 CE) y del poder judicial, denominando a estos últimos el art. 122.1 CE “personal al servicio de la Administración de Justicia”, y desarrollando luego su estatuto el libro VI de la LOPJ y toda una serie de reglamentos.

Afirma MONTERO⁷¹¹ que, “en sentido estricto, esto es, desde la perspectiva constitucional, los jueces y magistrados no pueden calificarse de funcionarios”, esta afirmación no podría mantenerse si entendemos el poder judicial como un verdadero poder, por ello entiende que desde la perspectiva constitucional los jueces y magistrados son autoridades, estando su estatuto regulado por normas de derecho político, debiendo de analizar las notas específicas de ese estatuto, que los diferencias de las demás autoridades, y atendiendo al art. 117.1 CE, esas notas son las de independencia, inamovilidad, responsabilidad, y sometimiento sólo al imperio de la ley.

Como ya señalamos en la primera parte de este trabajo, en nuestro ordenamiento la relación de servicios de los Jueces y Magistrados, conforme al art. 122.1 de nuestra Carta Magna, se configura como una materia reservada a la LOPJ, justificando dicha reserva por la naturaleza de la función atribuida a los Jueces y Magistrados, y referida en el art. 117 del texto constitucional, y que no es otra que el ejercicio de la función jurisdiccional. A ella nos referimos, para no ser reiterativos, cuando hablamos de las razones que justifican un tratamiento diferenciado para Jueces y Magistrados, desarrollado desde el concepto de función, función pública y función jurisdiccional al concepto de independencia en el ejercicio de la misma todo lo cual permite la existencia de un Estado de Derecho.

Pero a esta segunda parte del trabajo incumbe abordar la realidad de que el Juez, además de Juez e integrante de uno de los poderes del estado es también un funcionario público⁷¹² y como tal tiene una relación de servicios con la administración del estado. Los distintos aspectos de esta relación de servicios son el objeto de análisis de las siguientes páginas desde una doble perspectiva, la del funcionario público, y la del titular de la función jurisdiccional, teniendo en cuenta que ambas perspectivas están íntimamente unidas, y que proyectan sus efectos la una sobre la otra.

1.1. Función Pública.

⁷¹⁰ Art. 72 CE “1. Las Cámaras establecen sus propios Reglamentos, aprueban autónomamente sus presupuestos y, de común acuerdo, regulan el Estatuto del Personal de las Cortes Generales. Los Reglamentos y su reforma serán sometidos a una votación final sobre su totalidad, que requerirá la mayoría absoluta.”

⁷¹¹ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Op. Cit., pág. 95.

⁷¹² TOHARIA, J.J. en “*Opinión pública y justicia. La imagen de la justicia en la sociedad española*”, CGPJ, Madrid, 2001, pág. 41, señala que el juez “Es un funcionario altamente especializado a quien está encomendado un servicio público de particular relevancia pero servicio público al fin”.

En la delimitación del concepto de función pública, se podría decir con BARRACHINA⁷¹³ que “La Función Pública no es más que una respuesta a una determinada necesidad social y política en un momento histórico determinado” entendiéndose por lo tanto que la función pública ha mantenido y mantiene una estrecha relación con el concepto de Estado, en el mismo sentido se manifiesta BLAS ZULUETA⁷¹⁴. De esta forma podemos convenir que la concepción, desarrollo y caracterización de la Función Pública es paralela al devenir de las distintas sociedades o agrupaciones sociales y a su organización, y ello explica por que la función pública no se ha mantenido inmutable a lo largo del tiempo sino que se ha ido acomodando a cada realidad puesto que como dice LÓPEZ DE HARO⁷¹⁵ “El Estado es, pues, la constitución orgánica de la vida mutable, y mejor, la constitución orgánica del derecho. Y como el derecho no puede realizarse más que en el hombre y en relación de vida a los otros hombres, es decir, en la sociedad, el Estado resulta ser la constitución social”, y por lo tanto la función pública es dinámica y cambiante conforme también lo son las colectividades humanas.

Pero hemos de concretar más en qué consiste la función pública, y en este sentido nos acercamos a la Constitución de 1812, que en su artículo 13 dispone “El objeto del Gobierno es la felicidad de la nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen”, y por lo tanto vemos con este precepto como se delimita el fin, el objetivo, siendo el instrumento para la consecución de dicha finalidad la administración pública, que es la estructura que media entre el gobierno y la sociedad a la que ha de servir.

Por su parte PARADA⁷¹⁶ manifiesta que con “el término de función pública suele designarse tanto el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones y servicios públicos como el régimen jurídico a que están sometidos y la organización que los encuadra”, en cambio para WEIL⁷¹⁷ la función pública es el mecanismo para el cumplimiento de los fines que tiene asumidos el Estado, este último, no habla de funcionarios públicos, habla de colaboradores, de agentes públicos que son los que hacen posible que el Estado pueda alcanzar sus fines, y por ello la Función Pública reposa sobre principios diferentes a los del derecho del Trabajo, y al arrendamiento de servicios del código civil.

Pero esta consecución de los fines de la función pública, de la que hablamos, no puede reducirse al impulso y promoción llevada a cabo por esta estructura intermedia entre ambos, el Estado, sino que es preciso que dicho Estado se haga titular de esa

⁷¹³ BARRACHINA J.E.; *La Función Pública. Parte General I*, Ediciones PPU, Barcelona 1991, pág. 26.

⁷¹⁴ BLAS ZULUETA, L.; *La función pública y la administración de Justicia*, Pretor 1974, núm.83, pág. 645.

⁷¹⁵ LÓPEZ DE HARO, C.; *La Función Judicial*, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1904, pág.19.

⁷¹⁶ PARADA, R.; *Derecho Administrativo. Vol. II. Organización y Empleo*, Undécima edición, Ed. Marcial Pons, 1997, Madrid, pág. 385.

⁷¹⁷ PROSPER WEIL; *Derecho Administrativo*, Reimpresión, Ed. Civitas 1989.

actividad, como señala GARRIDO FALLA⁷¹⁸ el “interés público no sólo justifica la actuación administrativa por vía de coacción o de fomento, sino que puede exigir que la Administración aparezca como titular de una actividad fundamental consistente en proporcionar bienes y servicios a los administrados...”

Como vemos, en este acercamiento al significado de la función pública, se habla de los fines del Estado, de funciones y servicios públicos, más a pesar de todo no se clarifica sino que se torna difusa la distinción entre la función pública, la función social y la función privada.

En el intento de avanzar en esta distinción podríamos mantener que por función se puede entender la acción y ejercicio de un empleo, facultad u oficio, concepto este que como vemos sobrepasa al de funcionario, que no es más que una cualidad personalizada de aquella. Y por el adjetivo público y conforme a la edición de 1956 del diccionario de la RAE de la lengua, se puede entender, entre otras acepciones, como “común del pueblo o ciudad”, o que se aplica a “la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa, como contrapuesto a privado”, es decir, por público debemos entender todo lo que se refiere al bien común, al interés general o colectivo. Así pues, función pública vendría a ser toda actividad encaminada a satisfacer el interés general o colectivo.

Es lo “público”, lo que distingue a la “función”, puesto que hay funciones que no disponen de esa cualidad, como las funciones privadas (por ejemplo cuando un fontanero desarrolla su actividad u oficio en la reparación de una avería, en casa de un particular), y funciones sociales que no son públicas (así cuando una ONG proporciona alimento y ropa a personas con necesidades, cumple una función social, pero no podemos hablar de que se trate de una función pública).

En esta misma línea se encuentra el código penal actual, el cual al definir en su art. 24.2, al funcionario público dice que “Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección, o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”, como vemos en este precepto lo importante es la función pública, que se proyecta al bien común o interés general⁷¹⁹. Se trata de un concepto que podríamos denominar funcional, por cuanto que sólo atiende a si la persona desarrolla una función pública, independientemente de que con arreglo al derecho administrativo, esta persona ostente la condición de funcionario público y esté sometida al estatuto propio de los funcionarios públicos⁷²⁰.

⁷¹⁸ GARRIDO FALLA, F...; *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª Ed. Tomo II. Madrid 1985, pág. 267.

⁷¹⁹ Vid. sobre el concepto de funcionario público a efectos penales a COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DIEZ, M., en *Comentarios al Código Penal, Tomo III, Artículos 24 a 94* dirigidos por COBO DEL ROSAL, M., Editorial EDERSA, Madrid 2000, págs. 35 y ss.

⁷²⁰ Este concepto funcional de los funcionarios públicos en el ámbito penal lo podemos ver ya en el Código Penal de 1848, el cual en el Título VIII del Libro Segundo que se ocupa “*De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos*”, recogía en su artículo 322 que “*Para los efectos de este título se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de Real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado*”. Véase también el art. 331 del Código Penal de 1850, el art. 416 del C.P. de 1870, el art. 213 del Código Penal de 1928, el art. 410 del Código Penal de 1932, o el artículo 119 del Código Penal anterior.

Dicho esto, y partiendo de que la función pública se trata de un concepto funcional, donde lo “público”, es lo que da sentido a la función, hemos de decir que es la Administración Pública la que se conceptúa como instrumento o medio para alcanzar los fines del Estado, estos fines públicos, la que despliega en definitiva la función pública, y todo ello puesto que “sirve con objetividad los intereses generales”, como señala el artículo 103 de la Constitución Española, es decir, representa el interés general o interés público de la sociedad a la que se debe. Y este interés general del que hablamos es absolutamente general e indeterminado, siendo la Administración Pública la que concreta en cada momento lo que se entiende por interés general.

Para el ejercicio de la función pública que tiene asumida la Administración del estado, para la consecución de estos intereses generales por la administración pública se hace fundamental el factor humano, es decir las personas que trabajan en la misma, cuyas condiciones de empleo se determinan minuciosamente por normas objetivas, leyes y reglamentos que los poderes públicos pueden modificar unilateralmente, por ello se habla de que el funcionario tienen con la administración una relación estatutaria, y en virtud de la cual desde su nombramiento hasta la extinción del vínculo profesional queda encuadrado en el marco de un estatuto público, que delimita en cada momento sus derechos, deberes y responsabilidades. Aunque todo esto hay que matizarlo habida cuenta de la aproximación del régimen de la función pública al de derecho del trabajo. Y es que los fines a los que ha de servir la administración pública requieren de una regulación específica en la actuación de este instrumento, que no es traspolable en absoluto al desarrollo y desenvolvimiento de las funciones sociales o funciones privadas. Así por ejemplo podemos decir que en la Administración pública como institución se dan elementos determinados en virtud de los cuales quienes la dirigen y la animan no pueden actuar con la libertad o autonomía de la voluntad que es propia del empresario privado.

Hemos de decir que la implantación a lo largo de este siglo del llamado Estado Social, ha conllevado un extraordinario desarrollo del aparato administrativo y de las funciones del mismo, de tal manera que las que podríamos llamar funciones tradicionales de regulación y guardián del orden público que conllevaban el ejercicio de autoridad, se complementan con la prestación de múltiples servicios, la cooperación con la sociedad y la producción de bienes y servicios en régimen de empresa como nos viene a referir SANCHEZ MORON⁷²¹. Todo ello nos lleva a constatar como la administración actual va desbordando el concepto de función pública, convirtiéndolo en un concepto dinámico que crece a costa de reducir la función social y de interferir con las funciones privadas. En este mismo sentido se pronuncia PALOMAR OLMEDA⁷²² señalando que “La línea de evolución ha llevado al Estado a asumir, primero, los servicios asistenciales y sociales con el fin de asegurar la conservación de la vida y la salud y el desarrollo de la propia personalidad. En un segundo momento histórico, se produce la gestión de servicios de carácter económico, diferenciados de los anteriores por la asunción de su explotación económica.”

⁷²¹ SANCHEZ MORON, M.; *Derecho de la Función Pública*, Segunda edición, Ed. Tecnos, Madrid 1997, pág. 35.

⁷²² PALOMAR OLMEDA, A.; *Derecho de la Función Pública. Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos.*, 4ª Edición, Actualizado Mayo 1997, Ed. Dykinson 1997, pág. 16.

1.2. Funcionario Público.

Visto el concepto de función pública como un concepto dinámico que va desbordando la administración, no podemos olvidar que para alcanzar los intereses generales a los que sirve dicha administración, es fundamental el factor humano, el elemento personal, que concretaba BOQUERA OLIVER⁷²³ diciendo que se necesita “*de una parte, memoria, entendimiento y voluntad, y de otra, capacidades físicas.....Por esta causa, los individuos humanos resultan un componente necesario de toda organización administrativa*”, distinguiendo a la vez este autor en el elemento personal tres grandes grupos o categorías de personas al servicio de la administración; las autoridades, los funcionarios y los obreros.

Corresponde ahora pues, transitar desde el concepto de función pública al de funcionario público, y esta última conceptualización no es pacífica, sin duda el interés general que persigue la Administración pública y que intenta realizar para servir a la Comunidad a la que se debe es cada vez más amplio, lo que ha incidido en la creación de nuevas relaciones jurídicas que en relación al concepto general de “personal al servicio de la Administración Pública”, dificultan el delimitar lo que se entiende por funcionario público.

Por funcionario público, se comprendería en un sentido etimológico, y en un sentido vulgar, a toda persona que desempeña una función pública⁷²⁴, o que participa en la gestión de los asuntos públicos, pero este concepto es amplísimo, pues en el mismo habrían de comprenderse como funcionarios públicos a los diputados, senadores, ministros, notarios, etc.

Por otro lado, en un sentido técnico y estricto por funcionario público habríamos de entender a la persona que profesionalmente presta sus servicios en la administración pública en virtud de una relación jurídica regulada por el Derecho Administrativo⁷²⁵. Así lo entiende MANZANA LAGUARDA⁷²⁶, que señala que de los preceptos de la LFCE de 1964 se puede extraer una definición del funcionario público “como aquella persona que, en virtud de un nombramiento legal, se incorpora a las plantillas de la Administración Pública, mediante una relación de servicios profesionales, permanente, retribuida con cargo a los presupuestos, y regida por el Derecho Administrativo”.

⁷²³ BOQUERA OLIVER, J. M.,; *Derecho Administrativo*, 10ª edición, Ed. Civitas, Madrid 1996, Pág. 227.

⁷²⁴ Vid. en este sentido TOLIVAR ALAS, L., *Derecho Administrativo y Poder Judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág 192, que señala que “En una acepción derivada de la pura literalidad, un funcionario público es aquella persona que ejerce funciones públicas”.

⁷²⁵ El artículo 1º de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (Decreto 315/64 de 7 de febrero) declara que “los funcionarios de la Administración pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo”. Y el artículo 3º de esta Ley recoge que “1.Los funcionarios que se rigen por la presente Ley pueden ser de carrera o de empleo. 2. Los funcionarios de carrera se integran en cuerpos generales y cuerpos especiales. 3. Los funcionarios de empleo pueden ser eventuales o interinos”.

⁷²⁶ MANZANA LAGUARDA, R.,; *Derechos y Deberes del Funcionario Público*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 25.

En el mismo sentido se expresa el legislador cuando en el Estatuto Básico del Empleado Público⁷²⁷, utiliza un término más amplio que el de funcionario público, esto es, el de “empleado público”, intentando sintetizar en este estatuto “aquellos que diferencian a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado”⁷²⁸. La definición de “empleado público” se establece en esta norma en el art. 8, señalando en su apartado 1º que “son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales”, por lo que como vemos se trata de un definición mucho más amplia que la de funcionario público, todo funcionario público es empleado público, pero no a la inversa.⁷²⁹

Por otro lado en este acercamiento al concepto de funcionario público, es oportuno asomarse a lo que se dispone en nuestro Código Penal, que podemos entender se enmarca en un concepto amplio de funcionario público, que supera extensamente al concepto que se recoge en el Derecho Administrativo. El Código Penal en su artículo 24 delimita las personas que han de ser protegidas⁷³⁰, en atención al cargo o función que desarrollan, persiguiendo en última instancia proteger a la función pública. Desde la perspectiva que nos ofrece este sector del ordenamiento podemos decir que para tener la condición de funcionario público sólo se necesitan dos requisitos; 1.- Participar de funciones públicas y 2.- un título válido que “por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento”, habilite para el ejercicio de las referidas funciones públicas, por lo tanto y continuando con este razonamiento para tener la condición de funcionario es necesaria la concurrencia de dos elementos uno objetivo o de actividad que consiste en el ejercicio o participación en funciones públicas persiguiendo un interés general o público, y otro elemento subjetivo o personal que deviene de la designación o nombramiento. De esta forma podemos afirmar que la función pública, que teleológicamente es aquella en la que se persiguen fines públicos, necesita para su desarrollo de un elemento personal con unas determinadas características, las cuales configuran lo que denominados funcionario público⁷³¹.

Nuestro código Penal, una vez delimitado el concepto de funcionario público, protege el correcto ejercicio de la función pública, dedicando el Título XIX del libro II a

⁷²⁷ Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE de 13 de abril de 2007).

⁷²⁸ Exposición de motivos de la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁷²⁹ Es el art. 8.2 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público, que los clasifica en:

- a) funcionarios de carrera.
- b) Funcionarios interinos.
- c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.
- d) Personal eventual.

⁷³⁰ Art. 24.2 del Código Penal “Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

⁷³¹ Vid. COBO DEL ROSAL, M., QUINTANAR DIEZ, M. *Comentarios.....op. cit.* Pág. 40 y ss.

los Delitos contra la Administración pública⁷³². El bien jurídico protegido por el legislador es el buen funcionamiento de la administración pública en todas sus esferas, el recto y normal funcionamiento de la Administración, con sujeción al sistema de valores instaurado en la CE, y en consideración a los artículos 103 y 106 de la misma, que sirve de punto de partida para cualquier actuación administrativa. Por el primero se establece la obligación de la Administración de servir con objetividad a los intereses generales, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, por el segundo se indica el sometimiento al principio de legalidad de la misma actividad administrativa⁷³³.

La protección penal que se dispensa a la Administración Pública se otorga desde la óptica de la función pública como actividad de prestación a los administrados, no a la administración pública como conjunto orgánico, ni en función de su dignidad o prestigio.

Por otro lado hemos de decir que el hecho de que un individuo, reuniendo las características personales requeridas, se dedique a la función pública hace que puedan ser considerados sujetos activos de la prevaricación, delito especial propio, del que sólo puede ser autor una autoridad o un funcionario público y recogido en el art. 404 de nuestro Código Penal, y que por lo tanto abunda aún más en el correcto ejercicio de la función pública, lo mismo podríamos comentar del artículo 405 del Código Penal que persigue asegurar la capacidad y aptitud del sujeto para desempeñar la función pública.

También hemos de hacer referencia al Título XX de este libro II de nuestro Código Penal, que se ocupa de los “Delitos contra la Administración de Justicia”, teniendo por objeto la especial protección del ejercicio de la función jurisdiccional. Por lo tanto, dentro del ejercicio de la función pública, el legislador penal ha considerado necesario un tratamiento específico para aquellos delitos dirigidos contra la administración de justicia, distinguiendo esta rama de la administración del resto de ramas. En opinión de SERRANO GÓMEZ⁷³⁴ “En España, donde todavía no tenemos una democracia consolidada, es de capital importancia que Jueces y Tribunales – incluido el Ministerio Fiscal-, cumplan con independencia su función, sin presiones de ningún tipo”, puesto que ello es esencial para la convivencia social y desarrollo de las libertades y otros principios democráticos de cualquier país, y por ello se articula en este título un grupo de delitos contra la administración de justicia.

La especialidad de la función jurisdiccional, conforma pues esta específica regulación, que afecta tanto a los delitos de encubrimiento, realización arbitraria del propio derecho, acusación y denuncia falsa y simulación de delitos, falso testimonio, obstrucción a la justicia y deslealtad profesional, quebrantamiento de condena, como a

⁷³² Recordemos que aunque el sujeto activo del delito son las autoridades y funcionarios públicos, sin embargo, hay otros delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos fuera de este título XIX, como por ejemplo los delitos de torturas, sobre la ordenación del territorio, el patrimonio histórico, contra recursos naturales y medio ambiente, discriminación, delitos cometidos por funcionarios públicos contra las garantías constitucionales. Y por otra parte en el propio Título XIX se incluyen delitos cometidos por los particulares.

⁷³³ Véase en este sentido la Sentencia del TC de 14 de marzo de 1996 (RTC 1996\43).

⁷³⁴ SERRANO GÓMEZ, A.,; *Derecho Penal. Parte Especial II (2). Delitos contra la colectividad*. Ed. Dickinson, 1997, pág. 864.

la prevaricación de jueces y magistrados⁷³⁵, en la que los sujetos activos son los Jueces o Magistrados por ser los titulares de potestad jurisdiccional.

Por último, junto al concepto de funcionario público, aparece relacionado el concepto de autoridad. Hemos de tener en cuenta que se ha venido haciendo uso del término “autoridad” como algo diferente e incluso superior al funcionario público, pero por otro lado no podemos obviar que en la función pública y en su desarrollo es necesario que haya personas que dirijan, ordenen, controlen, sancionen, etcétera a las demás personas integradas en la función pública y en determinados supuestos, al resto de la comunidad. Atendiendo al diccionario, por autoridad se entiende “el poder que tiene una persona sobre otra que le esta subordinada”, “la persona revestida de algún poder, mando o magistratura”⁷³⁶, viniendo a ser la palabra autoridad sinónima de potestad, jurisdicción, poder, imperio, etc. Así pues, cuando hablamos de autoridad nos referimos a la persona que ocupando un puesto superior a nivel jerárquico, ejerce su jurisdicción sobre sus subordinados. Refiere COBO DEL ROSAL, que “el concepto de autoridad, no resulta ajeno, de ninguna forma al de funcionario público, antes al contrario, puesto que resulta una especialidad de dicho concepto. Evidentemente toda autoridad es funcionario público desde el momento en que participa en el ejercicio de la función pública. Por tanto, el concepto de funcionario público resulta el género y el concepto de autoridad la especie, todo ello a efectos penales. Del mismo modo, el concepto de funcionario público resulta ser, además previo al de autoridad”⁷³⁷.

Refiere TOLIVAR ALAS, que en los Jueces y Magistrados en activo se produce una concurrencia de situaciones casi insólita en otros Poderes del Estado, pues “los miembros de la Carrera Judicial son, desde su posesión para el cargo, Autoridades, que, como tales gozan de un régimen de inmunidad...Pero los Jueces y Magistrados, a diferencia de lo que ocurre con el funcionariado que accede, por nombramiento o elección democrática, a un cargo político o a un escaño parlamentario, desempeña su autoridad sin dejar de ser funcionario en activo” (no requiere pasar a la situación de servicios especiales, a la que sólo accederá, justamente, cuando desempeñen, entre otras, funciones ejecutivas o de representación legislativa o local).⁷³⁸

A efectos penales y conforme a la definición del artículo 24.1 del Código Penal se reputa autoridad “al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, Tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”. Por tener mando o jurisdicción entiende SERRANO BUTRAGUEÑO⁷³⁹ que significa “poder

⁷³⁵ Art. 466 del Código Penal “El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado....”

⁷³⁶ Diccionario de la RAE de la lengua en su edición de 1956.

⁷³⁷ COBO DEL ROSAL, M., QUINTANAR DIEZ, M. *Comentarios.....op. cit.* Pág. 57.

⁷³⁸ TOLIVAR ALAS, L., *Derecho Administrativo y Poder Judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág 194.

⁷³⁹ SERRANO BUTRAGUEÑO, I., (Coordinador); “*Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia.*”, Ed. Comares, Granada, 1998.

imponer u obligar a otro coercitivamente ya por sí mismo, ya formando parte de un órgano colegiado, a dar, hacer o no hacer alguna cosa, siempre y cuando lo ordenado se ajuste a la legalidad”. Hemos de destacar por otro lado que la jurisprudencia ha venido destacando como elemento definidor de la autoridad, las ideas de mando, poder⁷⁴⁰, e incluso coacción.

Desde la óptica penal toda autoridad es funcionario público, pero no a la inversa. Asimismo hemos de referir que aunque son más los tipos que requieren indistintamente como característica típica de la autoría la condición de autoridad o funcionario público, no hemos de olvidar que existen infracciones, que diferencian entre Autoridades y funcionarios, sea para la conducta activa, sea como destinatarios de la ofensa.

1.3. Marco normativo del juez como funcionario público.

Los Jueces y Magistrados, al igual que el resto de funcionarios públicos, son seleccionados, pasan una fase de formación inicial, son nombrados, se les adjudica el destino, prestan juramento o promesa y toman posesión, como vemos las características básicas de cualquier relación funcional, la cual, como también sucede en todos los demás ámbitos, puede sufrir distintas incidencias que van reconfigurando esta relación de servicio.

Por otro lado el ejercicio de la función pública por jueces y magistrados conlleva una serie de derechos y obligaciones, que son los que vamos a abordar en este capítulo por cuanto que la específica función jurisdiccional imbrica todos estos aspectos.

Es nuestra Constitución la que en el art. 117 por el que principia el Título VI dedicado al Poder judicial, señala que los Jueces y Magistrados integran el Poder Judicial, siendo independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley. Asimismo nuestro texto constitucional reserva la materia que nos ocupa, la específica relación de servicios de los Jueces y Magistrados, para ser regulada por la LOPJ (art. 122.1 CE)⁷⁴¹, y como ya hemos avanzado, esta diferenciación del régimen genérico previsto para la función pública encuentra su fundamentación en la especial naturaleza de la función atribuida a Jueces y Magistrados por el art. 117 CE y que no es otra que la función jurisdiccional. La especialidad de la función se proyecta sobre el estatuto judicial, de tal manera que el mismo ha de regularse de manera coherente con la función a la que sirve, asegurando su estabilidad, permanencia e independencia, evitando la intromisión de los otros poderes del Estado. La imbricación de la función jurisdiccional con el estatuto judicial y la organización judicial requiere de un tratamiento conjunto que facilite y garantice la especial protección e independencia de la función jurisdiccional, y la eficacia en su ejercicio, por lo que podemos entender adecuado su tratamiento en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁷⁴⁰ Así, podemos decir que tanto la doctrina científica como la jurisprudencia vinculan el concepto de autoridad al ejercicio de un poder, sea el legislativo, ejecutivo o judicial. Vid. Sentencias del TS, Sala Segunda de 23 de mayo de 1933 (RJ 2373), 5 de junio de 1965 (RJ 3759) y 20 de noviembre de 1963 (RJ 4537).

⁷⁴¹ Art. 122.1 CE “La Ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia.”

Asimismo el art. 122 de la CE al prever que el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados será determinado por Ley Orgánica del Poder Judicial, también señala que los Jueces y Magistrados formarán un Cuerpo único estructurándose en una Carrera Judicial o lo que es lo mismo en una carrera profesional⁷⁴².

En esta delimitación del marco general en el que se inserta la relación de servicio de los Jueces y Magistrados desde un punto de vista funcional y dinámico, hemos de decir que el mandato constitucional se concreta en la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial, la cual dedica su libro IV bajo la rúbrica de “De los Jueces y Magistrados” a la regulación del estatuto de los mismos. Son los tres primeros títulos de este libro, los que contienen la regulación de la carrera profesional de los Jueces y Magistrados, así como de las cualidades que como tales (personal jurisdiccional integrante del poder judicial), les corresponde, es decir la independencia, la inamovilidad y la responsabilidad.

En el título I denominado “De la Carrera Judicial y de la provisión de destinos”, se articulan las categorías y la estructura de la carrera judicial, el sistema de ingreso y condiciones para el mismo, las situaciones administrativas, y el ascenso o la provisión de destinos. Por su parte el Título II dedicado a la “independencia judicial” se ocupa de las cuestiones que más directamente afectan a esta independencia, como son la inamovilidad de los Jueces y Magistrados, sus incompatibilidades y prohibiciones, la inmunidad judicial, la independencia económica y el régimen de asociacionismo profesional de Jueces y Magistrados. Y por último el Título III se ocupa de la responsabilidad de los Jueces y Magistrados, en sus tres clases, la penal, la civil y la disciplinaria, y que constituye la contrapartida de la independencia judicial.

En un primer acercamiento a la carrera judicial, y observando el tratamiento sistemático que le dispensa la LOPJ, nos lleva a distinguir su doble condición o estatus, por un lado la carrera judicial como una carrera o estatus funcional en la medida que los Jueces y Magistrados también son funcionarios públicos al servicio del Estado, y por lo tanto ejercen un servicio profesional y retribuido con carácter de permanencia, y por otro lado la carrera judicial o estatus judicial entendida esta por la carrera en la que se integran los Jueces y Magistrados que constituyen el poder Judicial que se concreta y realiza en todos y cada uno de los actos judiciales mediante los cuales se ejerce la potestad jurisdiccional.

Esta segunda condición de los Jueces y Magistrados como integrantes del Poder Judicial, es la que fundamenta que la Constitución Española⁷⁴³ regule directamente en

⁷⁴² Esto no significa que el Poder Judicial este monopolizado por la Carrera Judicial, existen otros componentes del Poder Judicial que no pertenecen a la Carrera Judicial como los Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos (STS de 7 de marzo de 2003 FJ Sexto, RJ 2003\3062, y STS de 24 de marzo de 2003 FJ Cuarto, RJ 2003\3130).

Al analizar la Carrera Judicial señalaba WEBER que los miembros de la organización judicial tenían ante sí “una –carrera- o –perspectiva- de ascensos y avances por años de ejercicio, o por servicios o por ambas cosas” y esto lo denominaba “cuadro administrativo burocrático”. Vid. WEBER, M., *Economía y Sociedad*, traducción de Medina Echavarría y otros, F.C.E., México, 2º Ed. 3º reimp., 1977, vol. I, pág. 175-176.

⁷⁴³ Aunque previera que el Estatuto Judicial se regulará en una Ley Orgánica del Poder Judicial.

su articulado aspectos esenciales, que después también serán tratados por la Ley Orgánica, en garantías de las cualidades esenciales del poder judicial, la independencia inamovilidad y responsabilidad. Es por ello, y como ya hemos visto que el art. 122.1 de la CE habla de la Carrera Judicial y de un Cuerpo Único y el 117.2 recoge que los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por algunas de las causas y con la garantías previstas en la ley, o que los Juzgados y Tribunales no realicen más funciones que la jurisdiccional y las que expresamente le sean atribuidas por la ley en garantías de cualquier derecho.

Como vemos la Constitución Española se ocupa de los Jueces y Magistrados de una manera muy distinta a como lo hace del resto de los funcionarios públicos, para los que prevé una remisión en bloque a la Ley en el art. 103.3 CE⁷⁴⁴, señalando que el ingreso en la administración pública ha de estar condicionado a los principios de mérito y capacidad, y también el de igualdad por vía del art. 23.2 CE, debiendo de ser imparciales en el ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, como ya hemos dicho la reserva normativa que hace nuestra Constitución, no es a cualquier Ley Orgánica, sino a la Ley Orgánica del Poder Judicial, y así lo hace constar nuestro Tribunal Constitucional en su STC 60/1986 de 20 de mayo (RTC 1986\60). No obstante hemos de decir que en esta LOPJ se trata el estatuto de Jueces y Magistrados con poco rigor técnico y con ausencia de una adecuada sistematización, quizás debida a las continuas reformas que ha sufrido fundamentalmente a partir de 1994, y que tampoco ha quedado resuelto con la reforma de la LO 19/2003, así por ejemplo podemos ver como el artículo 379 1.a) que se ocupa de la renuncia a la carrera judicial considera incluido en este concepto los supuestos de los artículos 322 y 357.3 de la LOPJ, cuando este último precepto en la actualidad no existe, pero es más, en su antigua redacción también planteaba problemas porque no aludía a la renuncia⁷⁴⁵.

Asimismo no es la técnica legislativa más adecuada la que se utiliza para ver las consecuencias jurídicas de las “excedencia forzosa” a la que se refiere el art. 356 f) de la LOPJ en relación al art. 360 del mismo texto legal (referida a cuando se concurren como candidato a elecciones, si no se es elegido o por finalización del cargo)⁷⁴⁶. O bien como

⁷⁴⁴ Art. 103.3 CE. “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

⁷⁴⁵ En la antigua redacción el artículo 357.3 de la LOPJ disponía que “Podrá concederse igualmente la excedencia voluntaria a los miembros de la Carrera Judicial cuando lo soliciten por interés particular. En este supuesto será preciso haber prestado servicios efectivos durante los cinco años inmediatamente anteriores y en ella no se podrá permanecer menos de dos años continuados”.

⁷⁴⁶ Señala el artículo 356 de la LOPJ cuando procede declarar en la situación de excedencia voluntaria a petición del juez o magistrado, regulándose el apartado f) el caso de “Cuando sea nombrado para cargo político o de confianza, salvo los supuestos enunciados en el artículo 351, o cuando se presenten como candidato en elecciones para acceder a cargos públicos representativos en el Parlamento Europeo, Congreso de los Diputados, Senado, Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas o corporaciones locales. De no resultar elegido, deberá optar, comunicándolo así al Consejo General del Poder Judicial, en el plazo de treinta días, por continuar en la situación de excedencia voluntaria o por reingresar en el servicio activo”.

Este precepto a su vez hay que ponerlo en relación con el art. 360 de la LOPJ que dispone que una vez reincorporado al servicio activo el juez o magistrado en situación de excedencia voluntaria por la

la reforma del art. 379 operada por la Ley 16/1994 suprimió, en la letra d) del apartado 1, como causa de la pérdida de la condición de Juez, la imposición de pena principal o accesoria de separación del cargo judicial e inhabilitación absoluta o especial para cargo público, e introdujo expresamente la condena a pena privativa de libertad por razón de delito doloso, lo que contradice lo manifestado en la exposición de motivos de la mencionada ley reformadora 16/1994 por cuanto que no es ni mucho menos una ampliación de las causas por las que se perdería la condición de Juez.

Pero a pesar de sus deficiencias es en este cuerpo legal de la LOPJ, donde se ha de abordar el régimen estatutario de Jueces y Magistrados, regulándose las situaciones administrativas de los mismos. Ahora bien, de conformidad con el artículo 110.2 de la LOPJ, cabe la posibilidad de desarrollo reglamentario de lo dispuesto en la LOPJ, pero dicho desarrollo reglamentario se encuentra limitado a regulaciones de carácter secundario y auxiliar, señalando el mencionado precepto que “estos reglamentos podrán regular condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial sin innovar aquellos ni alterar éste en su conjunto” continua el artículo con una relación de materias en las que especialmente podrán aprobarse reglamentos en los casos que sean necesarios.

En definitiva podemos decir que por vía reglamentaria se desarrolla el estatuto judicial en condiciones de accesoriedad y subordinación exigidas por el art. 110 de la LOPJ, haciéndolo por lo tanto de un modo parcial, y sin que alivie esta normativa reglamentaria la deficiente técnica legislativa de la LOPJ, puesto que dicha normativa o reglamentos no se ha ido reformando para adaptarlo a las continuas y sucesivas reformas de la LOPJ, lo que ha dado lugar a que en algunos asuntos la regulación de la ley y el reglamento generen gran confusión⁷⁴⁷. Se ocupa del ingreso, de la promoción y especialización de los Jueces, de la provisión de destinos, de las situaciones administrativas, del régimen de licencias y permisos y de la compatibilidad para un segundo puesto de trabajo, pero no regula ni aborda la inamovilidad de los Jueces, ni las incompatibilidades ni las prohibiciones.

Por otro lado esta posibilidad de desarrollo complementario vía reglamento también ha sido contrastada por el Tribunal Constitucional en su STC 108/86 de 22 de junio (RTC 1986\108)⁷⁴⁸. En ejercicio de esa competencia reglamentaria, el CGPJ dictó el Reglamento 1/1995 de 7 de junio de la Carrera Judicial, que ha sufrido ya múltiples reformas para ir adaptándose a las necesidades de cada momento. Sobre lo que supone y significa esta potestad reglamentaria del Consejo trata la Sentencia del Tribunal Constitucional 105/2000 (RTC 2000\105) de la que hace un acertado estudio FOLGUERA CRESPO⁷⁴⁹. En dicha Sentencia se señala (FJ. 7) que “la potestad reglamentaria viene prioritariamente reconocida al Consejo General del Poder Judicial”

causa prevista en el párrafo f) del artículo 356, no podrá acceder, durante los cinco años siguientes, a puesto de la carrera judicial que no sea de los que se proveen por estricta antigüedad”.

⁷⁴⁷ Vid. Reglamento de la Carrera Judicial 1/1995.

⁷⁴⁸ El TC ha hecho constar que caben regulaciones infralegales de carácter secundaria y auxiliar que afecten tan sólo a condiciones accesorias, pese a la reserva de ley orgánica.

⁷⁴⁹ FOLGUERA CRESPO, J.; “La potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial”, Revista del Poder Judicial núm. 62. Segundo trimestre 2001.

y únicamente “en el espacio normativo que no corresponda a esta potestad reglamentaria del Consejo General” pueden dictarse disposiciones generales por el ejecutivo. Asimismo y poniendo en relación la Disposición Adicional Primera y el art. 110 de la LOPJ, el Tribunal Constitucional concreta en el FJ noveno de la mencionada Sentencia que “ni el Gobierno de la Nación ni las Comunidades Autónomas pueden dictar reglamentos sobre el estatuto jurídico de Jueces y Magistrados, ni sobre sus condiciones accesorias, porque el único habilitado para ello es el Consejo General del Poder Judicial”.

La competencia para dictar reglamentos de carácter accesorio o auxiliar es asignada con carácter exclusivo al Consejo General del Poder Judicial por el art. 110 de la LOPJ, ahora bien, como señala el Tribunal Constitucional⁷⁵⁰ el Gobierno o las Comunidades Autónomas tienen una potestad reglamentaria residual y en ejercicio de las mismas pueden afectar directa o indirectamente si no a derechos y deberes del estatuto judicial si al menos a algunas condiciones accesorias para el ejercicio de dichos deberes, y esta afectación no habría que entenderla como regulación por cuanto que se trataría de los resultados de la coexistencia de dos títulos competenciales distintos que pueden afectarse entre sí, y por lo tanto habremos de estar a los límites generales de aplicación a cualquier modalidad de ejercicio de la potestad reglamentaria en esta materia. Y en concreto a lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera número DOS de la LOPJ⁷⁵¹ que señala que “El Gobierno o, en su caso, las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, aprobarán los reglamentos que exija el desarrollo de la presente Ley Orgánica, salvo cuando la competencia para ello corresponda al Consejo General del Poder Judicial a tenor de lo que dispone el artículo 110. Cuando afecten a condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes de los Jueces y Magistrados estarán sujetos a los mismos límites y condiciones establecidos para el Consejo General del Poder Judicial”. Hemos de decir que no se trata de una habilitación legal para que el gobierno y las Comunidades Autónomas puedan afectar el ámbito competencial del CGPJ mediante un desarrollo reglamentario, sino que consiste en una cláusula de garantía para el supuesto en el que se produzca el mencionado efecto no deseado.

Recordemos también, en este sentido, que la constitucionalidad del precepto transcrito, nos dice el TC en el FJ n° 10 de la repetida STC 105/2000 (RTC 2000\105), depende de que se interprete que “a) El inciso primero del apartado segundo de la Disposición adicional Primera no es inconstitucional entendiendo en el sentido de que, salvadas las competencias atribuidas al CGPJ por el art. 110 LOPJ, las Comunidades Autónomas podrán dictar reglamentos en el ámbito de la LOPJ sobre aquellas materias respecto de las cuales la propia LOPJ y las cláusulas subrogatorias de los Estatutos de Autonomía, u otros títulos constituciones válidos, les atribuyan competencia y siempre dentro de los límites establecidos al efecto por las indicadas normas de cobertura. B) el inciso segundo del apartado segundo de la Disposición Adicional primera no es inconstitucional entendido en el sentido de que la expresión “cuando afecten a condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes de los Jueces y Magistrados, en ningún caso habilita a las Comunidades autónomas para regular las condiciones accesorias del Estatuto judicial”. (FJ número 10).

⁷⁵⁰ STC 105/2000 (RTC 2000\105), FJ noveno, párrafo segundo.

⁷⁵¹ Redactado conforme a la LO 16/1994 de 8 de noviembre.

2. ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE JUEZ O MAGISTRADO.

2.1. La Oposición como mecanismo de acceso a la función pública judicial.

En lo que se refiere al acceso a la función pública, y como señala nuestro TC⁷⁵², el derecho garantizado en el art. 23.2 CE⁷⁵³ es claramente un derecho de configuración legal cuya existencia efectiva sólo cobra sentido en relación con el procedimiento que normativamente se hubiesen establecido para acceder a determinados cargos públicos⁷⁵⁴. Hemos de decir también que este derecho opera reaccionalmente en una doble dirección, en primer lugar respecto a la potestad normativa del procedimiento de acceso y selección, permitiendo a los ciudadanos la impugnación de las bases contenidas en la convocatoria que, desconociendo los principios de mérito y capacidad establecen fórmulas manifiestamente discriminatorias⁷⁵⁵. Y en segundo lugar, este derecho también garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública con arreglo a las bases y al procedimiento de selección establecido, garantizando su aplicación por igual a todos los participantes e impidiendo que la Administración, mediante la inobservancia o la interpretación indebida de lo dispuesto en la regulación del procedimiento de acceso, establezca diferencias no preestablecidas entre los distintos aspirantes⁷⁵⁶.

Por lo que se refiere al acceso a la función pública para ejercer de juez, hemos de tener en cuenta que las modalidades de reclutamiento de estos funcionarios son relevantes tanto para la calidad global de la justicia como para la independencia e imparcialidad del juez, pues como todos sabemos para resolver las controversias con éxito, el juez tiene que ser y sobre todo aparecer, imparcial⁷⁵⁷. En el acceso a la función pública nuestro país, ha optado en la selección de jueces y Magistrados por el sistema de la carrera Judicial, remitiéndonos sobre los orígenes de la misma al excelente trabajo en que PAREDES⁷⁵⁸ la trata con profusión.

Mantiene GUARNIERI, que el “el sistema de la oposición parecería ser, en principio, el destinado a garantizar más las cualidades profesionales y a limitar al

⁷⁵² Vid. STC 178/98 de 14 de septiembre (RTC 1998\178).

⁷⁵³ El art. 23. CE “1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes”.

⁷⁵⁴ Vid. SSTC 50/86 (RTC 1986\50) y 115/96 (RTC 1996\115).

⁷⁵⁵ Vid Sentencias del TC 143/87 (RTC 1987\143), 67/89 (RTC 1989\67), 269/95 (RTC 1995\269), 93/95 (RTC 1995\93 y 115/96 (RTC 1996\115).

⁷⁵⁶ Vid. STC 115/96 (RTC 1996\115) que cita las 193/87 (RTC 1987\193) y 353/93 (RTC 1993\353).

⁷⁵⁷ GUARNIERI, C., “*El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado*”, en “*El Acceso a la función judicial. Estudio comparado*”, Manuales de Formación continuada 13, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 23 y 24.

⁷⁵⁸ PAREDES, J., “*La Organización de la Justicia en la España Liberal (los orígenes de la Carrera judicial: 1834-1870)*”, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

máximo las interferencias políticas, aunque cuando está controlado por el ejecutivo, como tradicionalmente sucedía en los países de civil law, no está exento de influencias de este tipo⁷⁵⁹.” La Oposición como dice MANZANA LAGUARDA⁷⁶⁰, constituye un mecanismo de acceso a la función pública de gran raigambre histórica en nuestro país, pero como señala VICENTE DOMINGO⁷⁶¹ ahonda la separación entre las pruebas y el puesto al que se accede, ya que las pruebas tienden a cumplir una finalidad eliminatoria de candidatos y se acaban primando los conocimientos generales y memorísticos. Por su parte OSSORIO en una de las conferencias pronunciadas en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en 1927, abordó la problemática de las oposiciones a la Judicatura, poniendo de relieve sus incongruencias y sus defectos, pero terminando por reconocer lo inevitable del sistema en un contexto como el español que había estado plagado de actitudes clientelares y nepotistas en la provisión de puestos públicos⁷⁶². Es por ello que como dice MARTINEZ CALCERRADA⁷⁶³, la oposición, aunque prueba imperfecta, sitúa a los candidatos en un plano de igualdad para sus virtudes y defectos. En el mismo sentido y mucho antes, a principios del siglo XX se manifestaba LOPEZ DE HARO⁷⁶⁴, que en su trabajo sobre la función judicial señalaba que “La oposición es el mejor medio conocido de escoger los abogados más dignos de ser Jueces, tan detallada como sea preciso, tan concienzuda como se estime necesario, por examen y por trincas, teórica y práctica, oral y escrita, con tal que sea oposición ante un Tribunal que garantiza sus juicios con iguales seguridades que sus fallos, porque es el mismo y en igual forma excogitado, el Tribunal de Justicia en una sala formada a propósito”.

Podemos decir con JIMENEZ ASENSIO⁷⁶⁵ que es nuestra Constitución de 1869, la que constitucionaliza que el acceso a la judicatura se realizara por oposición (por “concurso” según la terminología europea), realizando la previsión correspondiente en el artículo 94 de dicho texto constitucional el cual señalaba que “El Rey nombra a los

⁷⁵⁹ GUARNIERI, C., “*El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado*”, en “*El Acceso a la función judicial. Estudio comparado*”, Op. Cit. pág. 25.

⁷⁶⁰ MANZANA LAGUARDA, R.,: *Derechos y Deberes del funcionario público*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 53.

⁷⁶¹ DE VICENTE DOMINGO, R.,: *El Puesto de Trabajo en el derecho de la función pública*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 133.

⁷⁶² En concreto decía que “La oposición es deficientísima, sobre todo porque no asegura nada del orden moral, y en el técnico sólo garantiza el acierto de unos minutos, según la suerte al sacar unas papeletas, la mayor o menor fluidez de la palabra, la precisión más grande o más pequeña de la memoria... (pero) habrá que tomar la oposición como la mejor o lo menos malo, entre otras razones porque evita que las designaciones provengan de las Cámaras o del Gobierno, como en otros países”, pág. 134-135 en OSSORIO, A. La Justicia Poder “Conferencias pronunciadas en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en los días 24, 25,26 y 28 de enero, y 1 de febrero de 1927”, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1927.

⁷⁶³ MARTINEZ-CALCERRADA, L.: *Independencia del Poder Judicial*, Revista de Derecho Judicial, Madrid, 1970, pág. 42.

⁷⁶⁴ LOPEZ DE HARO, C., *La función Judicial*, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1904, pág 57.

⁷⁶⁵ JIMENEZ ASENSIO, R. “*El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio*”, en “*El Acceso a la función judicial. Estudio comparado*”, Manuales de Formación continuada 13, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 141.

jueces y magistrados a propuestas del Consejo de Estado y con arreglo a la Ley Orgánica de los Tribunales. El ingreso en la Carrera será por oposición.

Sin embargo el Rey podrá nombrar hasta la cuarta parte de magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior ni a las reglas de la Ley Orgánica de los Tribunales; pero siempre con audiencia del Consejo de Estado y dentro de las categorías que para estos establezca la referida Ley”. Pero este sistema no se concreta definitivamente sino hasta la aprobación de la Ley Provisional de Organización del Poder Judicial de 1870, que es la pieza indispensable de este modelo, como pone de manifiesto MARTINEZ SOSPEDRA⁷⁶⁶, dicha Ley Provisional es clara en su exposición de motivos respecto de sus intenciones y así señala que:

“El ingreso y la regularización de la carrera judicial constituye uno de los puntos más interesantes del proyecto, puesto que la Constitución previene haya de entrarse en ella mediante la oportuna oposición, y de cuya regla solamente se exceptúa el nombramiento de la cuarta parte de los Magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo, que podrán ser elegidos dentro de las categorías que la Ley Orgánica de Tribunales establezca al Efecto”.

“Las Cortes Constituyentes al adoptar el sistema de oposición para el ingreso en la Carrera no sólo han querido que los jueces y magistrados tuviesen la aptitud necesaria para el buen desempeño de sus importantes destinos, sino que de entre los aptos se eligieran los más distinguidos por su talento y por sus conocimientos jurídicos, han trazado con esta medida una profunda línea de separación entre lo pasado y lo futuro, cortando en su raíz el favoritismo y haciendo comprender a todos que en lo sucesivo no la influencia y sí el mérito será la puerta por la cual debe ingresarse en la carrera judicial”.

Así pues, en definitiva podemos decir que la oposición (el sistema de oposiciones como medio de acceso a la Judicatura) siempre ha estado presente en nuestro derecho desde nuestra Constitución de 1869 y más concretamente desde la Ley Provisional de 1870, aunque verdaderamente, a pesar de su estabilidad y dilatada existencia nunca ha calado de una forma total, poniéndose siempre en cuestión, pero sin un rechazo frontal⁷⁶⁷. BECEÑA por ejemplo escribiría en 1928 que “Se defiende (la oposición)...

⁷⁶⁶ MARTINEZ SOSPEDRA, M. “El nacimiento del Juez reclutado por oposición: el art. 94 de la Constitución de 1869 y la LOPJ de 1870”, Revista General del Derecho, 1995, págs. 3309 y ss.

⁷⁶⁷ El sistema de acceso a la carrera judicial española, quizás estuviera inspirado en el modelo italiano donde el concurso era una de las vías de acceso a la magistratura aunque hasta 1890 no se generalizaría el acceso a la carrera judicial por esa vía, mientras que en Francia el concurso no se introducirá hasta 1908 como vía de acceso a la judicatura.

Vid. en este sentido y para el caso italiano a PEDERZOLI, P. “El sistema italiano de selección de jueces. Situación actual y perspectivas de futuro” en “El Acceso a la función judicial. Estudio comparado”, Manuales de Formación continuada 13, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 81-112.

En Italia se implantó en 1865 el sistema de concurso como cauce de ingreso en la magistratura, pero como nos recuerda GUARNIERI, C. durante el período de 1865 a 1890 “sólo algo menos de la mitad de los magistrados fue reclutado a través del concurso para auditor”, “La giustizia en Italia”, Il Mulino, Bologna, 2001. pág. 35.

En lo que se refiere al sistema francés se puede ver el trabajo de DIEZ-PICAZO, L.M. “El sistema francés de acceso a la judicatura: selección y formación inicial” en “El Acceso a la función judicial. Estudio comparado”, Manuales de Formación continuada 13, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 41-55. En nuestro País Vecino fue el Decreto de 13 de febrero de 1908 el que instituyó el examen de entrada para el reclutamiento de magistrados (sobre el tema: VINCENT, J,

por una cualidad negativa... vive... no por virtudes propias, sino a expensas de los defectos de otros sistemas que se han ensayado para el mismo objetivo”⁷⁶⁸, en el mismo sentido se expresa SALVADOR RUIZ PÉREZ diciendo que “no constituye el sistema ideal, porque las pruebas se convierten en meros ejercicios memorísticos; y la facilidad de dicción, la retentiva y no en pequeña medida el azar, juegan un papel más que importante, a veces decisivo, en sus resultados. Sin embargo, con propósitos de objetividad y para evitar la arbitrariedad que puede producirse en los nombramientos realizados directamente desde las Cámaras legislativas o desde el Ejecutivo y para garantizar la neutralidad de las decisiones, se advierte como preferible el sistema de oposición”⁷⁶⁹, por otra parte ANDRES IBAÑEZ Y MOVILLA ALVAREZ señalan que “No obstante su estabilidad y lo dilatado de su práctica, el sistema de oposiciones raramente ha suscitado entusiasmos y con frecuencia ha sido objeto de un cuestionamiento cuanto menos implícito”⁷⁷⁰, a lo que en otro lugar añadía ANDRES IBAÑEZ que en la selección de aspirantes operada por el sistema de oposición, “aparte de importantes factores de irracionalidad, permite el control inmediato por el ejecutivo del ingreso en la carrera, a través de la exigencia de ciertos requisitos”⁷⁷¹.

Por su parte RUIZ VADILLO⁷⁷², aunque opina que la oposición es el sistema que más garantiza la independencia y las condiciones técnicas de los futuros jueces, estima también que podría mejorarse, introduciendo cambios en la realización de los ejercicios y estimulando el acceso a la Carrera a través de la incorporación a niveles más altos que los de Juez de ingreso.

El ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de Juez, a tenor de los arts. 301.3 y 307.3 LOPJ⁷⁷³ y del Reglamento 1/1995 de 7 de junio de la Carrera Judicial, no se produce en tanto no se superen las fases de oposición y de curso teórico-práctico, ambas inescindibles y complementarias y ninguna de ellas susceptible de determinar por sí sola

“*Institutions judiciaires*”, 6ª ed., Dalloz, París, 2001, pág. 591). Ver asimismo a GÓMEZ, C. “*La selección y formación inicial de jueces en Francia* Jueces para la Democracia, núm. 3, págs. 77 y ss.

⁷⁶⁸ BECEÑA, F. *Magistratura y Justicia*. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, pág. 309. Señalaba este autor que la principal ventaja de la oposición, era que en el momento del acceso a la Carrera “...libraba al Juez de la intervención del Ejecutivo...”, aunque casi a renglón seguido, maliciaba que “...lo que, en esta hipótesis...pierde éste, lo gana inmediatamente si el traslado y el ascenso quedan en sus manos; abandona al opositor, pero recobra al Juez, que es el que, como poder, le interesa tener bajo su dependencia...”

⁷⁶⁹ SALVADOR RUIZ PEREZ, J. “*La modernización de los sistemas de selección y perfeccionamiento de los funcionarios judiciales*”, en Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial. Editora Nacional. Madrid 1983, pág. 30 y ss.

⁷⁷⁰ ANDRES IBAÑEZ, P., y MOVILLA ALVAREZ, C., *El Poder Judicial*, Op. Cit., pág. 105.

⁷⁷¹ ANDRES IBAÑEZ, P., *Justicia/Conflicto*, Ed. Tecnos, Madrid 1988.

⁷⁷² RUIZ VADILLO, “*La Constitución, la Independencia de los Jueces y Magistrados y el acceso a la Carrera Judicial*”, La Ley, 1984.

⁷⁷³ Art. 301.3 LOPJ “El ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de juez se producirá mediante la superación de oposición libre y de un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial”.

Art. 307.3 LOPJ “Los que superen el curso teórico y práctico serán nombrados jueces por el orden de la propuesta hecha por la Escuela Judicial”.

el ingreso. Y así lo entiende la STS de la Sala tercera de 31 de octubre de 2003 (RJ 2003\7986), (recurso contencioso administrativo núm. 399/1999, ponente D. Enrique Cancer Lalanne)⁷⁷⁴. Por todo ello entiende el Tribunal que la relación definitiva de aprobados y la fijación del orden escalafonal de ingreso sólo podrá fijarse superadas ambas fases y como resultado de la puntuación obtenida en cada una de ellas. Es decir, no puede hablarse de escalafón de la primera fase, sino de un orden de puntuación resultante de la misma, orden y puntuación que, unido al obtenido en la fase teórico-práctica de la Escuela Judicial⁷⁷⁵, da lugar a la relación definitiva de aprobados y a la fijación del orden escalafonal de ingreso en la Carrera Judicial de los que hayan superado la correspondiente prueba selectiva. Procedimiento este de dos fases o de fases complementarias de acceso, que lógicamente puede determinar posibles alteraciones del orden de puntuación que había resultado de la fase de oposición, e incluso de la exclusión de alguno que hubiere aprobado esa anterior fase⁷⁷⁶.

Hemos de recordar que el ingreso en la carrera Judicial y el ingreso en la Carrera Fiscal se ha unificado por la LO 9/2000 de 22 de diciembre sobre medidas urgentes para la agilización de la administración de justicia, en virtud de la cual los procesos selectivos de ingreso en ambas carreras se unifican⁷⁷⁷ (Art. 301.1, 301.3 y 301.4 LOPJ).

⁷⁷⁴ Por esta Sentencia se desestima el recurso interpuesto contra la resolución del Consejo General del Poder Judicial de 14 de julio de 1999, en la que se acordaba la relación de aprobados y declaración de excluidos en el curso seguido en la Escuela Judicial, consiguiente a la oposición para ingreso en la Carrera Judicial.

⁷⁷⁵ Vid. sobre la Escuela Judicial, entre otros a VALLS GOMABU, J.F. *La política de formación inicial para Jueces en la Escuela Judicial*, Poder Judicial, número 80, 2005, pág. 195-232; GONZALEZ-CUELLAR GARCÍA, A. *Formación y perfeccionamiento de Jueces y Magistrados*, Poder Judicial número V, especial, pág. 96 y ss. Sobre el funcionamiento del Centro, JUSTICIA DEMOCRÁTICA, *Conclusiones del Congreso de Justicia Democrática*, enero 1977, pág. 308 y ss. Sobre su funcionamiento, GARCIA VALDES, *La selección y formación de los Jueces en España: El Centro de Estudios Judiciales*, Poder Judicial, VII, pág. 39 y ss. HERNANDEZ GARCÍA, J. *Hacia la reforma del sistema de acceso a la función judicial (a modo de introducción)*, Jueces para la democracia, nº 63, noviembre de 2008, pág. 103-115. GOMEZ MARTINEZ, C. *Propuestas de mejora de la formación inicial en la Escuela Judicial*, Jueces para la Democracia, nº 63, Noviembre de 2008, pág. 116-123.

⁷⁷⁶ Vid. STS Ca 07 de febrero de 2003 (RJ 2003\2060).

⁷⁷⁷ La exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 9/2000 de 22 de diciembre señala que “El elevado número de vacantes de Jueces, y Magistrados titulares de los órganos judiciales exige actuaciones inmediatas que aseguren, en el mayor grado posible, la atención de la demanda de los ciudadanos, que reclaman una justicia más ágil, disminuyendo los retrasos, dilaciones, recursos e incrementos de costes que la actual situación provoca”. “Con tal finalidad, la presente Ley Orgánica propicia, en primer lugar, la unificación del procedimiento selectivo, en fase de oposición, para el ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal, con pruebas y Tribunales únicos, de suerte que se evite la situación hasta ahora existente de que las mismas personas superen ambos procesos selectivos con la pérdida de efectivos que ello conlleva para una y otra Carrera. Tras la oposición, y dado que la unidad de esta fase del proceso de selección no afecta en modo alguno a la dualidad y separación de las Carreras Judicial y Fiscal, que se mantiene, los aprobados se incorporarán a la Escuela Judicial o al Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia mediante la opción voluntaria de cada aspirante en función de la puntuación obtenida y el número de plazas ofertadas.”

Como vemos el legislador, al amparo de la existencia de un alto número de vacantes en la carrera judicial, adopta una serie de medidas estructurales de gran importancia como son la de unificar los procesos selectivos, partiendo de una premisa que podemos considerar errónea como es la de creer que para ser juez o fiscal el grado de conocimientos exigibles es el mismo, o dicho de otra manera, no considera importantes los conocimientos requeridos para el acceso a un determinado cuerpo, sino que lo realmente relevante es la exigencia en sí de un temario que da igual que se adecua o no a las futuras funciones que se deberán desempeñar.

A tal efecto se nombra una Comisión de selección de composición mixta (art. 305 LOPJ), que estará compuesta por un vocal del Consejo General del Poder Judicial y un Fiscal de Sala, que la presidirán anualmente con carácter alternativo, por un magistrado, un fiscal, el director de la Escuela Judicial, el director del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia y un miembro de los órganos técnicos del Consejo General del Poder Judicial así como un funcionario del Ministerio de Justicia con nivel mínimo de subdirector general, ambos licenciados en derecho, que actuarán alternativamente como secretarios de la Comisión. Como vemos miembros que representan al Consejo General del Poder Judicial (órgano competente en lo que a selección de jueces se refiere), y miembros que representan al Ministerio de Justicia (a quien compete la selección de fiscales), entre cuyas competencias destacan la propuesta del temario, el contenido de los ejercicios y las normas complementarias que han de regir la oposición para el acceso a la carrera judicial y fiscal, así como la distribución de los aprobados en las respectivas escuelas según la opción que hayan realizado (art. 305.4 LOPJ).

Pero lo realmente relevante de este nuevo sistema de acceso unificado a la carrera judicial y fiscal estriba en que transforma lo que era una competencia exclusiva del CGPJ en materia de selección en una competencia compartida junto con el Ministerio de Justicia. De esta manera y aunque sea de forma indirecta, vuelve la competencia de acceso a la judicatura a recaer en manos del Ministerio de Justicia, que a través de su presencia en la citada Comisión tiene, como poco, la posibilidad de bloquear cualquier tipo de innovación que se predique de la fase de oposición.

Dejando a un lado el acceso a la carrera judicial y fiscal, y volviendo al acceso a la Carrera Judicial, vemos que la LO 19/2003 ha establecido como único sistema de acceso a la misma, por la categoría de juez el de oposición libre seguida de un curso teórico práctico de selección en la Escuela Judicial, suprimiendo el concurso-oposición para licenciados en derecho con seis años de ejercicio profesional, el denominado tercer turno⁷⁷⁸, y manteniendo sin embargo el cuarto turno o el acceso de juristas de reconocida competencia a la categoría de magistrado, y el quinto turno de acceso a la Carrera Judicial por la categoría de magistrado del Tribunal Supremo (art. 301.5 LOPJ). Con la reforma operada por la LO 16/1994, de 8 de noviembre, el tercer turno quedó ciertamente desnaturalizado, toda vez que lo que inicialmente en la LOPJ de 1985 se concibió como un concurso entre juristas de reconocida competencia pasó a ser concurso-oposición para licenciados en derecho con seis años de ejercicio profesional, sin exigencias adicionales en cuanto al reconocimiento de sus méritos. Ello motivó que se redujese el porcentaje de plazas reservadas⁷⁷⁹, y la práctica ha demostrado que no solían cubrirse en ninguna convocatoria.

El propósito del legislador al establecer el régimen de turnos, era el de atraer a la Carrera Judicial a juristas de variadas procedencias que la enriqueciesen con sus aportaciones, pero entiende dicho legislador que tal propósito puede satisfacerse

⁷⁷⁸ Un análisis muy interesante de esta vía de acceso y de sus problemas, se puede encontrar en CAMINAL I BADÍA, F. “*L’ingrés en la carrera judicial. L’accés a la funció jurisdiccional: el casl dels torns*” Autonomía i Justicia a Catalunya, Consell Consultiu, Barcelona, 2000, págs. 74 y ss.

⁷⁷⁹ De una tercera a una cuarta parte.

plenamente con el cuarto y quinto turnos, que permiten el acceso a la categoría de magistrados y de magistrado del TS, respectivamente de juristas de reconocida competencia. Con estos antecedentes, el legislador de 2003 ha considerado inoportuno mantener un sistema de acceso a la Carrera Judicial por la categoría de juez distinto del de la oposición libre, al no quedar justificado objetivamente ni por necesidades de cobertura de plazas, ni por el especial crédito profesional de los aspirantes⁷⁸⁰.

Una vez que los Jueces y Magistrados han superado las pruebas selectivas de acceso a la carrera Judicial, y reúnen los requisitos legales que se han establecido para la misma, es preciso el nombramiento, el juramento y la toma de posesión para que adquieran la condición de Juez o Magistrado.

Los jueces y Magistrados que forman la carrera judicial ejercerán las funciones jurisdiccionales en los Juzgados, Salas y Audiencias Provinciales, o en las Secciones de las dos anteriores, de los respectivos órdenes jurisdiccionales regulados por la LOPJ. También ejercen funciones jurisdiccionales en los órganos jurisdiccionales sin pertenecer a la Carrera Judicial, con sujeción al régimen establecido en la LOPJ, sin carácter de profesionalidad, y con inamovilidad temporal, los magistrados suplentes y eméritos, los Jueces sustitutos, los jurados, los Jueces de Paz y sus sustitutos.

Después de su reforma por la LO 19/2003, la LOPJ exige que las plazas de Jueces y Magistrados sean cubiertas por miembros de la Carrera Judicial para lo cual restringe las posibilidades de sustitución de los jueces sustitutos y magistrados suplentes, exige con carácter general que las sustituciones se produzcan entre jueces titulares y sólo excepcionalmente se podrá acudir a la sustitución por jueces no profesionales: “Las funciones jurisdiccionales en los juzgados y tribunales de todo orden regulados en esta ley se ejercerán únicamente por jueces y magistrados profesionales, que forman la Carrera Judicial” (art. 298.1 LOPJ).

La Carrera Judicial consta de tres categorías: Magistrado del Tribunal Supremo, Magistrado y Juez. Para el ingreso en la Carrera Judicial, cualquier que sea la categoría por la que se accede, se exigirá, además de ser español, mayor de edad y licenciado en derecho, no estar comprendido en ninguna de las causas de incapacidad o de incompatibilidad que establece la LOPJ y no tener la edad de setenta años –que es la edad de jubilación en la Carrera Judicial- ni alcanzarla durante el tiempo máximo previsto legal y reglamentariamente para la duración del proceso selectivo, hasta la toma de posesión incluido, si es el caso⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ Por el contrario, se han reforzado las exigencias relativas al acceso por el cuarto turno (art. 301.6 LOPJ).

También el CGPJ promueve actividades de formación continua para jueces y magistrados, y asimismo exige la Ley la realización de actividades de formación para los jueces titulares con ocasión del cambio de orden jurisdiccional cuando deben servir un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, social, de lo mercantil o de menores. La Escuela Judicial se configura así como un Centro de Selección y de formación; mientras el curso de selección tiene como objetivo una formación multidisciplinar, integral, los cursos de formación persiguen una formación especializada (Cfr. art. 307 y 433 bis LOPJ).

⁷⁸¹ Este último obstáculo supone la imposibilidad de presentarse a las pruebas de selección cuando el candidato se halle en edad muy próxima a la jubilación.

Están incapacitados para el ingreso en la Carrera Judicial los que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles; los condenados por delito doloso (mientras no hayan obtenido la rehabilitación) y los procesados o inculcados por el mismo tipo de delitos en tanto no sean absueltos o se dicte auto de sobreseimiento, y los impedido física o psíquicamente para la función judicial (art. 303 LOPJ).

El cargo de Juez o Magistrado es incompatible con el ejercicio de cualquier otra jurisdicción ajena a la del Poder Judicial y con el empleo de todas clases en los Tribunales y Juzgados de cualquier orden jurisdiccional; con todo tipo de asesoramiento jurídico; con todo empleo, cargo o profesión sea o no electivo, con retribución (salvo la docencia, investigación jurídica, producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y las publicaciones derivadas de aquéllas) o sin ella, y con el ejercicio de toda actividad mercantil o de participación en entidades mercantiles de cualquier género (Cfr. Arts. 389 y 390 LOPJ)⁷⁸².

2.2. Requisitos legales para el ingreso en la Carrera judicial.

Los jueces y magistrados para el ejercicio de la función jurisdiccional han de reunir una serie de requisitos, y asimismo se le exige para el ingreso en la carrera judicial de una serie de cualidades. En el antiguo régimen se mezclaban funciones típicamente jurisdiccionales con otras gubernativas cuando no normativas, y así la función de administrar justicia era por lo común desempeñada por ciertas instituciones y órganos, si bien tales cargos institucionales que impartía justicia no se limitaban por lo común al desempeño exclusivo de tales tareas, y es por todo ello que a los Jueces del antiguo régimen se les exigía una serie de cualidades que han sido sintetizadas por

⁷⁸² Recordemos que de conformidad con el art. 389 de la LOPJ, “El cargo de juez o magistrado es incompatible:

1º Con el ejercicio de cualquier otra jurisdicción ajena a la del Poder Judicial.

2º Con cualquier cargo de elección popular o designación política del Estado, comunidades autónomas, provincias y demás entidades locales y organismos dependiente de cualquiera de ellos.

3º Con los empleos o cargos dotados o retribuidos por la Administración de Estado, las Cortes Generales, la Casa Real, comunidades autónomas, provincias, municipios y cualesquiera entidades, organismos o empresas dependientes de unos y otras.

4º Con los empleos de todas clases en los tribunales y juzgados de cualquier orden jurisdiccional.

5º Con todo empleo, cargo o profesión retribuida, salvo la docencia o investigación jurídico, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y las publicaciones derivadas de aquélla de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades de personal al servicio de las Administraciones Públicas.

6º Con el ejercicio de la Abogacía y de la Procuraduría.

7º Con todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido.

8º Con el ejercicio de toda actividad mercantil, por sí o por otro.

9º Con las funciones de director, gerente, administrador, consejero, socio colectivo o cualquier otra que implique intervención directa, administrativa o económica en sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género.”

Por su parte el art. 390 de la LOPJ señala “1. Los que ejerciendo cualquier empleo, cargo o profesión de los expresados en el artículo anterior fueren nombrados jueces o magistrados, deberán optar, en el plazo de ocho días por uno u otro cargo, o cesar en el ejercicio de la actividad incompatible.

2. Quienes no hicieran uso de dicha opción en el indicado plazo se entenderá que renuncian al nombramiento judicial”.

SAINZ GUERRA⁷⁸³, y las mismas son, aparte de ser leales, de buena fama, y sin codicia, mansos, de buena palabra, con miedo y vergüenza a errar en sus decisiones, en definitiva a estos jueces, a lo que también se obligaba a pertenecer a la iglesia católica, se les presumía una serie de virtudes que vertía a esta figura pública en una suerte de sacerdocio, y la importancia que tendrá esta imagen sobre el futuro de la institución no es en absoluto despreciable⁷⁸⁴.

Respecto de los requisitos que legalmente se han de reunir para poder desarrollar la carrera judicial hemos de estar a lo dispuesto en el art. 303 de la LOPJ, por cuanto que el mismo señala que “están incapacitados para el ingreso en la carrera judicial los impedidos físicamente o psíquicamente para la función judicial; los condenados por delito doloso mientras no hayan obtenido la rehabilitación; los procesados o inculpados por delito doloso en tanto no sean absueltos o se dicte auto de sobreseimiento, y los que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”.

El tenor literal de este precepto normativo plantea diversas problemáticas como sería la delimitación de los impedimentos físicos y/o psíquicos incompatibles con la función judicial, y asimismo relacionadas con esta circunstancia habría que tomar en consideración la previsión de pruebas específicas de acceso a la función judicial, o la reserva de un determinado número de plazas para las personas con estas características⁷⁸⁵, o si algún destino judicial es más apropiado para ellos⁷⁸⁶.

Podemos decir con JIMENEZ ASENSIO⁷⁸⁷, que lo que resulta preocupante de la situación actual es que, como ya se ha puesto de manifiesto en muchas ocasiones, no se realice ninguna prueba psicotécnica y psicológica para el ingreso en la Carrera Judicial, lo cual contrasta con otros sistemas comparados⁷⁸⁸ y deja en una situación muy

⁷⁸³ SAINZ GUERRA, *La administración de justicia en España 1810/1870*. Ed. Eudema, Madrid, 1992, págs. 37 y ss.

⁷⁸⁴ Vid. en este sentido a JIMENEZ ASENSIO, R., “*El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio*”, en “*El Acceso a la función judicial. Estudio comparado*”, Op. Cit., pág. 130.

⁷⁸⁵ La Comisión Permanente del CGPJ se pronunció sobre este aspecto el 19 de noviembre de 1996, y así respecto de una petición de informe sobre que en las oposiciones para ingreso en la carrera Judicial se reservara un cupo reducido de plazas para minusválidos de acuerdo con la Disposición Adicional Decimonovena de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, resolvió que las condiciones de capacidad para el ingreso en la Carrera Judicial vienen reguladas en el artículo 303 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que se contienen una previsión propia de causas de incapacidad específica para la Carrera Judicial, dadas las peculiares exigencias de la función judicial.

⁷⁸⁶ Estas temáticas alcanzan mayor interés por cuanto que en la actualidad el acceso a la función judicial está unificada al acceso a la función fiscal, y asimismo hay que seguir un curso en la Escuela Judicial de 2 años, (en la actualidad de 18 meses), teniendo en cuenta además que las nuevas tecnologías o TIC, tienen gran incidencia sobre las nuevas sistemas de trabajo e inciden directamente en la incorporación de personas con discapacidad al mundo laboral.

⁷⁸⁷ Vid. en este sentido a JIMENEZ ASENSIO, R., “*El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio*”, en “*El Acceso a la función judicial. Estudio comparado*”, Op. Cit., pág. 201.

⁷⁸⁸ En el caso de Holanda, los candidatos han de realizar un test psicológico que define su personalidad, las cualidades de su carácter, la capacidad intelectual y las habilidades analíticas, la actitud ante el trabajo,

comprometida al propio sistema judicial pues no olvidemos que se pueden incorporar a la carrera judicial, y “para toda la vida”, personas que no disponen del equilibrio emocional suficiente o de las aptitudes psíquicas requeridas para ejercer una función tan delicada como es la de juzgar sobre la libertad y el patrimonio de las personas⁷⁸⁹.

Lo dispuesto en el art. 303 LOPJ hemos de ponerlo en relación con el art. 301.8 LOPJ redactado conforme a la LO 19/2003, de 23 de diciembre (BOE del 26), que determina que “También se reservará en la convocatoria un cupo no inferior al cinco por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100, siempre que superen las pruebas selectivas y que acrediten el grado de discapacidad y la compatibilidad para el desempeño de las funciones y tareas correspondientes en la forma que se determine reglamentariamente. El ingreso de las personas con discapacidad en las Carreras Judicial y Fiscal se inspirará en los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y compensación de desventajas, procediéndose, en su caso, a la adaptación de los procesos selectivos a las necesidades especiales y singularidades de estas personas”.

El art. 301.8 LOPJ establece una acción positiva contra las desventajas sociales del aspirante, y viene a concretar el desarrollo del art. 49 de la Constitución en el acceso a la carrera judicial⁷⁹⁰, ahora bien supeditando este acceso, con el objeto de que prevalezca la eficacia y garantía plena del ejercicio de la función judicial, a que se superen las pruebas selectivas, se acredite el grado de discapacidad⁷⁹¹, y asimismo que se acredite la compatibilidad para el desempeño de las funciones y tareas correspondientes al ejercicio de la función jurisdiccional. Esta constatación y acreditaciones se llevarán a cabo en las formas que se determinen reglamentariamente.

Hasta la nueva redacción del art. 301.8 LOPJ, la regulación de esta temática era muy deficiente lo que provocó que distintas personas interesadas en acceder a la carrera judicial, y afectadas de algún grado de incapacidad hayan dirigido escritos al CGPJ para aclarar las dudas que se le planteaban. El CGPJ ha ido respondiendo puntualmente a los problemas que se le han ido planteando, concretando la respuesta en la situación y circunstancias de cada solicitante, y por lo tanto sin fijar ningún tipo de criterios ni siquiera a título general.

la inmunidad ante el estrés y las habilidades sociales. Vid. P.W.M. BROEKHOVEN, “*Netherlands*”, AAVV., *Traité d’Organisation Judiciaire comparé, Tomo I*, Bruylant, Bruselas, 1999. Pág. 243.

⁷⁸⁹ Vid sobre el tema DE LA CUADRA, B., “*La Salud mental de los Jueces*”, Diario el País, 11 de agosto de 1999, pág. 9.

⁷⁹⁰ El artículo 49 de la CE señala que “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.”

Véase, entre otras, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (BOE núm. 103, de 30 de abril), y la Ley 53/2003 de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003).

⁷⁹¹ La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional (Cfr. Art. 1º. 2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad) que precisan garantías suplementarias para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la función pública.

En este sentido y dentro de las actuaciones del CGPJ, podemos citar entre otros⁷⁹², el acuerdo del Pleno del Consejo de 16 de junio de 1999, que en sintonía con el Acuerdo de 8 de junio de 1999 del la Comisión Permanente, consideró que una persona afecta por una distrofia muscular que la obliga al uso continuo de una silla de ruedas no está impedida física y psíquicamente para la función judicial y por ende, reúne los requisitos de capacidad para el ingreso en la carrera judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 303 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y también podemos citar el hecho de que la Comisión Permanente el 24 de enero de 1995 consideró que la ceguera es un impedimento que incapacita para el desarrollo de la función jurisdiccional, habida cuenta de las naturaleza de las actividades judiciales a realizar cuando se ejerce la función como son los juicios orales, pruebas de reconocimiento judicial en los procedimientos civiles y de inspección ocular en los penales, pruebas estas que precisan de la percepción y observación directa y personal por el propio Juez del tema objeto de la misma y para las que la visión es fundamental para llevarlas a cabo. Como podemos constatar en la actuación de la Comisión Permanente la óptica que prevalecía o era prioritaria es la de la eficacia y garantía plena del ejercicio de la función judicial, óptica esta que entendemos se ha acogido en el art. 301.8 LOPJ.

Otra cuestión es la adaptación de los procesos selectivos a las necesidades especiales y singularidades de personas con discapacidad. En este sentido el art. 301.8 in fine prevé ya esta posibilidad señalando además que “el ingreso de las personas con discapacidad en las Carreras Judicial y Fiscal se inspirará en los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y compensación de desventajas”. Esto no significa que en la adecuación del proceso selectivo a una necesidad especial o singularidad de una persona discapacitada, conlleve a que posteriormente en el ejercicio de la función judicial no se pueda llevar a cabo con la eficacia y garantía plena que se requiere, y en este sentido hemos de entender lo que señalaba nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de diciembre de 1999 (recurso 637/1997) (RJ 1999\10015), que la capacidad para realizar exámenes orales constituye presupuesto lógico y no discriminatorio del ingreso en la carrera judicial, toda vez que las funciones judiciales precisan que quien las desempeña disponga de una especial fluidez oral, puesto que el Juez ha de intervenir en numerosas actuaciones procesales de este carácter y que el artículo 120.2 de la Constitución dispone que el procedimiento de las actuaciones judiciales sea predominantemente oral⁷⁹³. El Tribunal Supremo basa la necesidad y

⁷⁹² Vid. el Acuerdo de 25 de septiembre de 2001, o el de 23 de octubre de 2001 de la Comisión Permanente, en el que en respuesta a una persona que sufría una discapacidad con diagnóstico de parálisis cerebral con un grado de minusvalía reconocida en el 65 %, y que pedía informe sobre su capacidad y posibilidad de concurrir a estas pruebas con un examen adecuado a sus limitaciones, contestó la Comisión Permanente que “...su discapacidad a la luz de lo establecido en el art. 303 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial, presenta serios inconvenientes para el ejercicio de la función judicial, cuya actividad procesal fundamental, esto es, la celebración de los actos de audiencia, vista y juicio oral se caracteriza por la vigencia plena y absoluta de entre otros, los principios de oralidad e inmediatez, que reclaman una dirección razonable y correcta de los debates, con intervención personal del propio Juez. Por otra parte, en cuanto al tipo de examen que se ha de superar para el ingreso en la Escuela Judicial, su desarrollo se regula de manera general en las normas y acuerdos de convocatoria correspondiente”.

En otras ocasiones por la Comisión Permanente se han solicitado informes médicos y periciales a las personas que solicitaban este tipo de informes, solicitando también en ocasiones informe de los Médicos forenses, como se puede ver en este sentido en el Acuerdo de 19 de enero de 1999 y 6 de febrero de 2001.

⁷⁹³ Art. 120.2 CE “El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”.

exigencia de oralidad en el principio “capacidad”, que en su opinión junto al de mérito, son los que deben proyectarse sobre las pruebas de acceso a la función pública. Por ello el Tribunal Supremo concluye en la citada Sentencia que la exigencia de pruebas orales, como parte de las pruebas selectivas para el ingreso en la Carrera Judicial, es conforme al art. 23.2 de la CE, y por lo tanto no se pueden dispensar la celebración de tales pruebas orales, sustituyéndolas por otras en las que falte ese elemento de la oralidad. Y es por todo ello y a la luz de la jurisprudencia señalada por lo que hemos de entender que el CGPJ no puede hacer excepciones en la realización oral de las pruebas de la fase de oposición.

Por último hemos de referir que por Acuerdo de 2 de abril de 2008 del Pleno del CGPJ (BOE núm. 88 de 11 de abril de 2008) se modifica el Reglamento 1/1995 de 7 de junio de la Carrera Judicial, añadiéndose al Título I del RCJ un capítulo II, que lleva por título “Ingreso en la Carrera Judicial de las personas con discapacidad” y que comprende los artículos 4 a 11. En dichos preceptos se incorporan al RCJ las medidas previstas en el artículo 9 del Real Decreto 2271/2004 de 3 de diciembre⁷⁹⁴ que regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, y recogen los principios de carácter general que sobre el acceso de los discapacitados al empleo público, se contemplan tanto en la Ley 51/2003 de 2 de diciembre como en el citado Real Decreto, todo ello con la finalidad de establecer una regulación más completa y sistemática que, en desarrollo de lo previsto en la LOPJ incorpore los principios generales aplicables a dicho acceso.

Destaquemos que la nueva normativa del RCJ entiende por persona con discapacidad la definida en el artículo 1.2. de la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de Oportunidades, No discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con discapacidad (Art. 4.3. RCJ), asimismo se podrá solicitar a la Comisión Permanente del CGPJ la alteración del orden de prelación para la elección de plazas, por motivos de dependencia personal, dificultades de desplazamiento u otras análogas (art. 8 RCJ), no obstante el cambio de orden de prelación se aplicará exclusivamente a la provisión del primer destino y al ascenso forzoso a la categoría de Magistrado, sin que pueda afectar en ningún caso al orden del escalafón ni a ningún otro aspecto de la carrera profesional. (art. 9 RCJ). Señalar también y por último que la nueva normativa prevé que en las oposiciones y concursos, pruebas de promoción y especialización de los miembros de la carrera judicial, cursos de formación o periodos de prácticas se establecerán para las personas con discapacidad las adaptaciones y ajustes razonables de tiempo y medios para su realización, cuando fueren precisos para asegurar su participación en condiciones de igualdad (art. 10 RCJ).

2.3. Nombramiento.

⁷⁹⁴ Dicho precepto refiere que “Una vez superado el proceso selectivo, las personas que ingresen en cuerpos o escalas de funcionarios o categorías de personal laboral de la Administración General del Estado y hayan sido admitidos en la convocatoria ordinaria con plazas reservadas para personas con discapacidad, podrán solicitar al órgano convocante la alteración del orden de prelación para la elección de plazas dentro del ámbito territorios que se determine en la convocatoria, por motivos de dependencia personal, dificultades de desplazamiento u otras análogas, que deberán ser debidamente acreditados. El órgano convocante decidirá dicha alteración cuando se encuentre debidamente justificado, y deberá limitarse a realizar la mínima modificación en el orden de prelación necesaria para posibilitar el acceso al puesto de la persona discapacitada”.

Ya en la primera parte de este trabajo dimos debida cuenta de la incidencia de los órganos de gobierno del Poder Judicial en el nombramiento, ascenso, y promoción profesional de Jueces y Magistrados, es decir de la importancia de estos temas por su incidencia en la denominada independencia judicial ad-intra, lo dicho allí no lo reiteramos nuevamente, y pasamos a exponer los aspectos fundamentales en la relación funcional de adquisición de la condición de funcionario público de Jueces y Magistrados.

Fue la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial operada por la Ley Orgánica 16/1994 de 8 de noviembre, la que viene a adicionar al catálogo de competencias del Consejo previsto en el artículo 107 de la LOPJ la competencia de la selección, ineludiblemente unida a la constitucionalmente reconocida de “nombramientos”, de los Jueces y Magistrados⁷⁹⁵.

Como señalábamos anteriormente, para que el CGPJ pueda proceder al nombramiento del Juez o Magistrado, es necesario haber superado las pruebas selectivas, incluido, en su caso, el curso teórico-práctico que se debe seguir en la Escuela Judicial, en este sentido hemos de tener en cuenta lo señalado en el art. 307.2 LOPJ que dice que “la duración del periodo de prácticas, sus circunstancias y el destino y las funciones de los jueces en prácticas serán regulados por el Consejo General del Poder Judicial a la vista del programa elaborado por la Escuela Judicial. En ningún caso la duración del curso teórico de formación será inferior a nueve meses ni la del práctico inferior a seis meses.”⁷⁹⁶, y continua en su apartado tercero dicho precepto legal señalando que “los que superen el curso teórico y práctico serán nombrados jueces por el orden de la propuesta hecha por la Escuela Judicial”. Dicho nombramiento se extenderá por el Consejo General del Poder Judicial mediante orden, y con la toma de posesión quedarán investidos de la condición de Juez.

Antes de abordar los ascensos hemos de hacer mención a los funcionarios en Prácticas y por ello hemos de traer aquí lo dispuesto en el art. 306.3 de la LOPJ que señala que “Los que hubiesen superado la oposición como aspirantes al ingreso en la Carrera Judicial, tendrán la consideración de funcionarios en prácticas”, y poner esto en relación al contenido del art. 307 de la LOPJ que en su apartado primero párrafo

⁷⁹⁵ Como vemos 9 años después de la publicación de la LOPJ, fue cuando la selección de los integrantes de la Carrera Judicial que debían integrar el Poder del Estado pasó al órgano constitucional que le correspondía que no es otro que el CGPJ, llamado a gobernar el Poder Judicial.

En concreto el art. 107.4 de la LOPJ dispone “El Consejo General del Poder Judicial tendrá competencias en las siguientes materias:

.....4. “Selección, formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de jueces y magistrados”.

⁷⁹⁶ La LO 9/2000 de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, introdujo en la LOPJ la Disposición Transitoria 35ª, relativa a la adaptación transitoria del curso teórico-práctico en la Escuela Judicial. En atención al elevado número de vacantes de jueces y magistrados en los órganos judiciales, y la necesidad perentoria de contar con jueces titulares, en esta Ley se dispuso una reducción transitoria de la duración de la fase de prácticas tuteladas, establecidas en un año, en el art. 307 de la LOPJ, y que por esta Ley quedó fijado transitoriamente en seis meses, respecto de los aspirantes que hayan superado o superen las pruebas de acceso ya convocadas, y para las que superasen las de la siguiente convocatoria realizada a partir de la entrada en vigor de la disposición transitoria. La reforma de 2003 ha consolidado el período de seis meses como tiempo mínimo del período de prácticas, y nueve meses la duración, también mínima, del curso teórico.

segundo establece que “El curso de selección incluirá un programa de formación multidisciplinar y un período de prácticas tuteladas en diferentes órganos de todos los órdenes jurisdiccionales. Durante el período de prácticas los jueces en prácticas tuteladas ejercerán funciones de auxilio y colaboración con sus titulares. Excepcionalmente, podrán actuar en funciones de sustitución o de refuerzo, conforme a lo establecido en esta Ley”, y en su apartado segundo, párrafo también segundo añade “Que en todo caso las funciones de los jueces en prácticas que no actúen en régimen de sustitución o de refuerzo conforme a lo previsto en esta Ley no podrán exceder de la redacción de borradores o proyectos de resolución que el juez o ponente podrá, en su caso, asumir con las modificaciones que estime pertinentes”. En definitiva, hemos de dejar claro que los funcionarios en prácticas tuteladas a que se refieren los artículos 306 y 307 de la LOPJ, aunque pueden llegar a ejercer con plenitud las funciones jurisdiccionales propias de jueces y magistrados en los casos previstos en los art. 212 y 216 bis de la LOPJ⁷⁹⁷, no pertenecen aún a la Carrera Judicial y que, consiguientemente, su situación no es otra sino la de, precisamente, funcionarios en prácticas”.

En el caso de los ascensos, habremos de estar a lo dispuesto en el art. 311.2. LOPJ, que recoge que “Para el ascenso por escalafón será necesario que hayan prestado tres años de servicios efectivos como jueces. Para presentarse a las pruebas selectivas o de especialización bastará, sin embargo con dos años de servicios efectivos, cualquiera que fuere la situación administrativa del candidato. Podrán presentarse también a las pruebas de especialización en los órdenes contencioso-administrativo y social los miembros de la Carrera Judicial con categoría de magistrado y como forma de acceso a la Carrera Judicial, los de la carrera Fiscal; en ambos casos, será necesario haber prestado al menos dos años de servicios efectivos en sus respectivas carreras: Igual

⁷⁹⁷ El art. 212 de la LOPJ señala que “1. Los jueces desempeñarán las funciones inherentes a su juzgado, tanto en calidad de titulares como de adjuntos, y al cargo que sustituyan. Dicha sustitución, cuando se produzca, será retribuida en los casos y cuantía que se determinen reglamentariamente.

2. En los casos en que para suplir la falta de titular del juzgado, cualquiera que sea el orden jurisdiccional al que pertenezca, no sea posible la aplicación de lo dispuesto en los artículos precedentes por existir un único juzgado en la localidad, incompatibilidad de señalamientos, por la existencia de vacantes numerosas o por otras circunstancias análogas, ejercerá la jurisdicción con idéntica amplitud que si fuese titular del órgano un juez sustituto, que será nombrado en la misma forma que los magistrados suplentes y sometido a su mismo régimen jurídico. Estos nombramientos tendrán carácter excepcional y su necesidad deberá ser debidamente acreditada o motivada. En todo caso tendrán preferencia para las tareas de sustitución los jueces adjuntos conforme al artículo 308.2 y los jueces que estén desarrollando prácticas tuteladas conforme al artículo 307.1.

3. Reglamentariamente se determinará por el Gobierno la remuneración de los jueces sustitutos, dentro de las previsiones presupuestarias. En el caso de ser varios los sustitutos nombrados para la localidad y el orden jurisdiccional correspondiente, serán llamados por el orden de puntuación obtenida en el nombramiento”.

Por su parte el art. 216 bis 1 LOPJ dispone que “Cuando el excepcional retraso o la acumulación de asuntos en determinado juzgado o tribunal no pueda ser corregidos mediante el reforzamiento de la plantilla de la Oficina Judicial o la exención temporal de reparto prevista en el art. 167.1, podrá el Consejo General del Poder Judicial acordar excepcionales medidas de apoyo judicial consistentes en la adscripción, en calidad de jueces sustitutos o jueces de apoyo, de los jueces en prácticas a que se refiere el artículo 307.1 en el otorgamiento de comisiones de servicio a jueces y magistrados o en la adscripción de jueces sustitutos o magistrados suplentes, para que participen con los titulares de dichos órganos en la tramitación y resolución de asuntos que no estuvieran pendientes.

Si la Causa del retraso tuviera carácter estructural, el Consejo General del Poder Judicial junto con la adopción de las referidas medidas provisionales, formulará las oportunas propuestas al Ministerio de Justicia o a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, en orden a la adecuación de la plantilla del juzgado o tribunal afectado o a la corrección de la demarcación o planta que proceda.”

exigencia se requerirá a quienes se presenten a las pruebas selectivas a las que se refiere el apartado 4 del artículo 329⁷⁹⁸”.

Cabe la posibilidad de que el Consejo considere a algún candidato no idóneo, pudiendo rechazarlo de forma motivada, previa audiencia, y ello pese a la propuesta favorable del tribunal calificador (art. 313.11 LOPJ). Esto será posible cuando con posterioridad a la propuesta al Consejo, haya tenido conocimiento de alguna circunstancia que suponga un demérito insuperable, siendo este un concepto abierto no delimitado objetivamente, y que por lo tanto está a merced del criterio discrecional del Consejo⁷⁹⁹.

Señala el legislador en el art. 313.10 de la LOPJ, en relación a los concursos de méritos a que se refiere el art. 311 del mismo texto legal, que “En las bases se establecerá el procedimiento a que se ajustará el tribunal para excluir a un candidato por no concurrir en él la cualidad de jurista de reconocida competencia, ya por insuficiencia o falta de aptitud deducible de los datos objetivos del expediente, ya por existir circunstancias que supongan un demérito incompatible con aquella condición, aún

⁷⁹⁸ En concreto el art. 329.4 de la LOPJ refiere que “Los concursos para la provisión de los Juzgados de lo Mercantil se resolverán a favor de quienes, acreditando la especialización en los asuntos propios de dichos Juzgados obtenida mediante la superación de las pruebas de especialización que reglamentariamente determine el Consejo General del Poder Judicial, tengan mejor puesto en su escalafón. En su defecto, se cubrirán con los magistrados que acrediten haber permanecido más años en el orden jurisdiccional civil. A falta de éstos, por el orden de antigüedad establecido en el apartado primero.

Los que obtuvieran plaza deberán participar antes de tomar posesión en un nuevo destino en las actividades específicas de formación que el Consejo General del Poder Judicial establezca reglamentariamente.

En el caso de que las vacantes hubieran de cubrirse por ascenso, el Consejo General del Poder Judicial establecerá igualmente actividades específicas y obligatorias de formación que deberán realizarse antes de la toma de posesión de dichos destinos por aquellos jueces a quienes corresponda ascender.”

⁷⁹⁹ Hemos de hacer referencia aquí a dos aspectos, por un lado el alcance de la entrevista que prevé la ley y por otra la discrecionalidad técnica del tribunal calificador. Respecto de la primera cuestión el art. 313.7 de la LOPJ prevé que “Para valorar los méritos a que se refiere el apartado 2 de este artículo, que hubiesen sido aducidos por los solicitantes, las bases de las convocatorias establecerán la facultad del tribunal de convocar a los candidatos o a aquellos que alcancen inicialmente una determinada puntuación a una entrevista, de una duración máxima de una hora, en la que se debatirán los méritos aducidos por el candidato y su “currículum” profesional. La entrevista tendrá como exclusivo objeto el acreditar la realidad de la formación jurídica y capacidad para ingresar en la Carrera Judicial, aducida a través de los méritos alegados, y no podrá convertirse en un examen general de conocimientos jurídicos”, pues bien, a tenor de este precepto, no es correcta la creencia de que la entrevista únicamente puede producir como resultado el aumento o disminución de la puntuación primitivamente obtenida, no pudiendo ser objeto de eliminación el aspirante tras su realización, pudiendo el tribunal calificador excluirle en función de la insuficiencia o falta de aptitud o por demérito incompatible con la condición de jurista de reconocida competencia, en uso de las facultades discrecionales que a los tribunales examinadores otorga el ordenamiento jurídico, pues, como ha reconocido la jurisprudencia del TS (en el Fundamento jurídico tercero de la STS de 20 de octubre de 1992, RJ 1992\8485, y en la STS de 13 de marzo de 1991 – fundamentos 3º y 7º- RJ 1991\4117)) dichos tribunales calificadores de concursos y oposiciones gozan de amplia discrecionalidad técnica, dada la presumible imparcialidad de sus componentes, la especialización de sus conocimientos y la intervención directa en las pruebas realizadas, pues en principio los Tribunales de Justicia no pueden convertirse, por sus propios conocimientos en segundos tribunales calificadores que revisen todos los concursos y oposiciones que se celebre, sustituyendo por sus propios criterios de calificación lo que en virtud de esa discrecionalidad técnica corresponden al tribunal que ha de juzgar las pruebas selectivas, lo que no impide la revisión jurisdiccional en ciertos casos en que concurren defectos formales sustanciales o que se ha producido indefensión, arbitrariedad o desviación de poder (STS Ca 02 de octubre de 2000, RJ 2000\8602).

cuando hubiese superado, a tenor del baremo fijado, la puntuación mínima exigida. En este caso, el acuerdo del tribunal se motivará por separado de la propuesta, a la que se acompañará, y se notificará al interesado por el Consejo General del Poder Judicial”.

Hemos de insistir en que tanto los Jueces como los Magistrados son un cuerpo único, e integrantes de la misma carrera judicial (art. 122 CE), no obstante lo dicho, advertimos la siguiente distinción; el nombramiento de los Jueces se lleva a cabo mediante Orden del Consejo General del Poder Judicial⁸⁰⁰, mientras que el nombramiento de Magistrados y Presidentes se lleva a cabo por Real Decreto, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, siendo la presentación a Real Decreto cometido del Ministerio de Justicia, que refrendará el nombramiento⁸⁰¹, sin que podamos encontrar justificación alguna o razón para dicha diferenciación en la forma del nombramiento. Sobre todo cuando en el caso de los Magistrados significa la intromisión de otro poder, el ejecutivo por vía de su Ministerio de Justicia, puesto que será éste el que presente el Real Decreto, teniendo la obligación de refrendarlo⁸⁰², lo que dará lugar también en múltiples ocasiones a demoras y retrasos que no tendrán justificación de ningún tipo. Se hace preciso, pues, en nuestra opinión abordar la modificación legal correspondiente a efectuar sobre el artículo 316 en relación al art. 139.1 del mismo texto legal, que elimine esta discordancia e intromisión del Ministerio de Justicia en el nombramiento de los Magistrados.

El nombramiento se publicará en el Boletín Oficial del Estado, y a partir de esta publicación se computarán los plazos para las actuaciones subsiguientes referidas al inicio de la relación de servicio (art. 319 LOPJ). El nombramiento conlleva un destino concreto y por lo tanto concreta el lugar en el que habrá de prestarse juramento o promesa y en el que se habrá de tomar posesión del cargo.

El art. 131.3 de la LOPJ nos indica que será la Comisión Permanente del CGPJ la que lleva a cabo los nombramientos y adjudicación de destinos, en el caso de que tengan carácter íntegramente reglados⁸⁰³, en los demás casos será el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y se entienden no reglados a la luz del 326 LOPJ los nombramientos de los Presidentes de las Audiencias, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Nacional y Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo⁸⁰⁴.

Del nombramiento de Jueces y Magistrados también se ocupa el Reglamento 2/2005 de honores, tratamientos y protocolo en los actos judiciales solemnes, a esta materia dedica su título V, en el que se remite a lo previsto en el artículo 316 de la LOPJ, se ocupa de las fórmulas de nombramiento, y dispone las características del documento de identificación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial y de la Carrera Judicial.⁸⁰⁵

⁸⁰⁰ Art. 316 de la LOPJ.

⁸⁰¹ Art. 316 en relación al art. 139.1 de la LOPJ.

⁸⁰² Obligado por el tenor del art. 64.1 CE.

⁸⁰³ Vid. art. 187 del Reglamento de la Carrera Judicial.

⁸⁰⁴ Vid. en el mismo sentido el art. 179 del Reglamento de la Carrera Judicial.

⁸⁰⁵ Artículos 35, 36 y 37 del Reglamento 2/2005 del CGPJ.

Respecto de los nombramientos, esta es la situación legal actual, lo que no es óbice para que haya autores que reclamen un “mayor y más plural control de los nombramientos de los altos cargos del Estado, para evitar la sospecha de los ciudadanos, muchas veces fundada, de que son reclutados en un círculo estrecho, donde prima, sobre otros méritos, la fidelidad o la afinidad política”⁸⁰⁶.

La LOPJ reconoce al CGPJ la competencia en materia de nombramientos discrecionales, y ha sido la LO 2/2004 de 28 de diciembre⁸⁰⁷, la que ha modificado los requisitos necesarios para efectuar la propuesta de nombramiento de los siguientes cargos judiciales: de los Magistrados del Tribunal Constitucional del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo, del Vicepresidente de este último, de los Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo, de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y del Magistrado del Tribunal Supremo, titular y sustituto (Sala 2ª o 3ª), competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.2 y 3 de la CE. En concreto los requisitos que se exigen son:

1) Mayoría cualificada: sobre la base de los veintiún miembros que componen el CGPJ, se exigirá en cada caso una mayoría favorable de 3/5.

2) Discrecionalidad limitada: El Pleno del CGPJ velará, en todo caso, por el cumplimiento de los principios de mérito y capacidad a la hora de efectuar la propuesta de nombramiento. Para la propuesta de nombramiento de los demás cargos de designación discrecional no rigen tales limitaciones.

2.4. Juramento o Promesa.

Una vez efectuado el nombramiento, se tiene la obligación de prestar juramento o promesa antes de posesionarse del primer destino, dicha obligación también existe antes de posesionarse del primer destino que implique ascenso de categoría, siendo la fórmula recogida en el art. 318 de la LOPJ la siguiente “Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, lealtad a la corona, administrar recta e imparcial justicia y cumplir mis deberes judiciales frente a todos”.

⁸⁰⁶ ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M., *Poder Judicial, Sociedad y Estado de Derecho*, Op. Cit., pág. 1436.

⁸⁰⁷ Esta ley tiene su origen en una Proposición no de Ley presentada ante el Congreso de los Diputados en el mes de octubre de 2004 por los grupos parlamentarios Socialista, de Izquierda Republicana de Cataluña y de Izquierda Verde-Izquierda Unida (Vid. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados. Congreso. 10 de septiembre de 2004. Serie D. Núm. 65). El gobierno impulsó la tramitación como Proyecto de Ley, una reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial con el objeto de incrementar el número de votos necesarios en el seno del Consejo para todos los nombramientos a lo que hace referencia la LO 2/2004, con exclusión de los Presidentes de las Audiencias Provinciales, y otras cuestiones.

En definitiva se convertía la mayoría necesaria desde la promulgación de la Ley Orgánica para la provisión de estos cargos discrecionales, y que era la mitad más uno de los miembros del Pleno, en una mayoría reforzada de tres quintos, computada sobre la totalidad de los miembros que componen el Pleno.

Aunque nuestra Constitución no impone ni exige el juramento o promesa de acatamiento de dicha norma para el acceso a los cargos y funciones públicas, ello en opinión de nuestro Tribunal Constitucional no implica la incorrección constitucional de exigir dicho juramento o promesa y así lo ha puesto de relieve en diversas Sentencias, (RTC 1991\74, 119/1990, 101/1983, 122/1983 y 8/1985).

Dice nuestro Tribunal Constitucional que la admisibilidad del juramento o promesa depende de que los términos en que se regule sean congruentes con su finalidad y no incurran en un exagerado ritualismo que dificulte irrazonablemente el acceso al pleno ejercicio del cargo y que la obligación de prestar juramento o promesa de acatar la Constitución, si bien puede suponer una mayor vinculación interna de índole religiosa o moral, no crea por sí misma una obligación nueva, y se limita a ser un requisito formal que condiciona la posibilidad del ejercicio del cargo en plenitud de disfrute de prerrogativas y funciones⁸⁰⁸.

El Acuerdo de 23 de noviembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2005 de honores, tratamientos y protocolo en los actos judiciales solemnes, al referirse en su preámbulo a la jura o promesa y toma de posesión, señala que se trata de actos gubernativos judiciales, que se desarrollan en el ámbito de los órganos de gobierno interno, y que se trata de actos con una especial relevancia normativa superando un valor puramente simbólico. Este texto reglamentario viene a recoger, en la materia que nos ocupa, lo que constituyen hoy prácticas habituales, si bien unificando y aclarando los aspectos más controvertidos. Es en su título III donde se ocupa de los actos de juramento o promesa y toma de posesión, subdividiendo dicho título en dos secciones, la primera dedicada a los actos de juramento o promesa en el ámbito judicial⁸⁰⁹, y en la que trata el acto de juramento o promesa y toma de posesión del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, los actos de toma de posesión de quienes ejerzan el cargo de Presidente de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia, de Sala, Audiencias Provinciales y de Magistrados de Tribunales y Audiencias, del acto de juramento o promesa de Jueces y Magistrados destinados a órganos unipersonales, del acto de toma de posesión de Jueces y Magistrados por cambio de destino en órganos unipersonales, del acto de juramento o promesa de miembros de Salas de Gobierno, del acto de juramento o promesa toma de posesión de Jueces adjuntos, y del acto de toma de posesión de Magistrados eméritos, suplentes y jueces sustitutos, y por su parte la segunda sección del referido título III del Reglamento 2/2005 se ocupa de lo que llama otros actos de juramento o promesa, que se refiere al juramento o promesa del Fiscal General del Estado, de los Miembros del Ministerio Fiscal, de los Secretarios Judiciales, y de los abogados, procuradores y Graduados sociales⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ Pese a ser un requisito formal con su limitada eficacia jurídica, no hemos de olvidar que la obligación de acatamiento debe ser cumplida en sus propios términos, sin acompañar la fórmula ritual “de cláusulas o expresiones que de una u otra forman vacíen, limiten o condicione su sentido propio, sea cual fuese la justificación invocada para ello”.

⁸⁰⁹ Artículos 21 a 28 del Reglamento 2/2005 del CGPJ de honores, tratamientos y protocolo en los actos judiciales solemnes.

⁸¹⁰ Artículos 29 a 32 del Reglamento 2/2005 del CGPJ de honores, tratamientos y protocolo en los actos judiciales solemnes.

De conformidad con el art. 319.1 de la LOPJ el juramento o promesa se prestará dentro de los veinte días naturales siguientes al de la fecha de la publicación de su nombramiento en el BOE. Para los destinados en la misma ciudad en la que se encontraban ya sirviendo, el plazo será de ocho días⁸¹¹. El precepto que nos ocupa regula el plazo como plazo para tomar posesión del cargo, pero hemos de tener en cuenta que como el 318 del mismo cuerpo legal obliga a prestar juramento o promesa antes de posesionarse del cargo, es lógico que el juramento o promesa deba de prestarse en el plazo de posesión. En este sentido se expresa el párrafo segundo del artículo 22 del Reglamento 2/2005 del CGPJ, que señala que “En el acto de toma de posesión de Magistrados nombrados para un primer destino en la Carrera Judicial o cuando se trate de un ascenso de categoría, irá acompañado del juramento o promesa”.

El juramento o promesa se prestará ante la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia correspondiente al del lugar en que tenga su sede el Juzgado o Tribunal para el que ha sido nombrado el Juez o Magistrado (artículos 152.1.11º, 2.2º, y 321.1 de la LOPJ), señalando la fecha para la realización de este acto dicho órgano⁸¹², la misma previsión la podemos observar en los preceptos 4.k) y 5.1.b) del Reglamento de los Órganos de Gobierno de los Tribunales.

De los nombramientos tendrá conocimiento el Presidente del Tribunal, al que se le habrán remitido los mismos en virtud del art. 317 LOPJ⁸¹³. Lo que sucede en el día a día es que el Juez o Magistrado se pone en contacto con la Secretaría de Gobierno de la Sala que le comunicará el día y hora en el que tendrá lugar el acto de juramento y promesa.

Cabe la posibilidad de que el candidato propuesto se negara a jurar o prometer, en este caso se entiende que renuncia al cargo y a la carrera judicial, y así se expresa textualmente en el art. 322 de la LOPJ⁸¹⁴. Se equipara esta negativa a la renuncia a la carrera judicial prevista en el artículo 379.1.a) del mismo texto legal, con la consecuencia de la pérdida de la condición de Juez o Magistrado⁸¹⁵. Sería posible la rehabilitación del que renuncia, si hubiere concurrido justo impedimento en la falta de presentación. Esta rehabilitación habrá de ser acordada por el Consejo General del Poder Judicial a solicitud del interesado (art. 323.1 LOPJ).

⁸¹¹ Aunque ciertamente, para este caso (de Jueces o Magistrados nombrados para un destino en la misma plaza en la que se encontraban ya destinados, para los que se les reduce el plazo a ocho días), es muy difícil que se de en la actualidad por cuanto que el juramento o promesa se debe prestar antes de tomar posesión del primer destino (por lo tanto no se procede de un destino anterior), o cuando se produzca un ascenso (y recordemos que en la actualidad no existe el caso de un ascenso a destino judicial reglado que tenga su sede en la misma población).

⁸¹² La Sala de Gobierno puede actuar constituida únicamente con su Presidente y dos miembros (art. 153.3 de la LOPJ y 8.1 del Reglamento de los órganos de Gobierno de los Tribunales).

⁸¹³ Art. 317 de la LOPJ “1.Los nombramientos se remitirán al Presidente del Tribunal o Audiencia a quién corresponda dar o mandar dar posesión a los nombrados. 2. También se comunicará a éstos y a los Presidentes del Tribunal o Audiencia de su destino anterior.”

⁸¹⁴ Art. 322.1 LOPJ “El que se negare a prestar juramento o promesa o sin justa causa dejare de tomar posesión se entenderá que renuncia al cargo y a la Carrera Judicial”.

⁸¹⁵ La competencia para este tipo de procedimientos corresponde al Pleno del CGPJ a tenor de lo dispuesto en el artículo 127.9 de la LOPJ.

Con respecto a los Magistrados del Tribunal Supremo y los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia que hubiesen sido nombrados sin pertenecer con anterioridad a la Carrera Judicial⁸¹⁶ se regula específicamente por el art. 320.2 LOPJ, que recoge una especialidad que no es otra que en el acto se realizará el juramento o promesa y la toma de posesión.

2.5. Toma de posesión.

Para tomar posesión, se dispone de un plazo de veinte días desde la publicación del nombramiento en el Boletín Oficial del Estado. En el supuesto de que el Juez o Magistrado estuviese destinado en la misma población en la que estuviera sirviendo, dicho plazo será de ocho días⁸¹⁷.

Cabe la posibilidad de que estos plazos puedan ser prorrogados por el Consejo General del Poder Judicial siempre que medie justa causa (art. 319.2 LOPJ). La prórroga es solicitada generalmente cuando hay una larga distancia entre el destino de origen y la nueva plaza, y la concede la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial cuando el destino de origen es la Península, Ceuta o Melilla, y el nuevo destino lo es en Canarias o Baleares o Viceversa. Por otro lado, entiende la Comisión Permanente⁸¹⁸ que esta prórroga para tomar posesión del cargo no es susceptible de aplicación a los Jueces y Magistrados de nuevo ingreso, puesto que la finalidad de la prórroga del plazo para la toma de posesión se garantiza con el conocimiento de su nombramiento y adjudicación de destino en fecha muy anterior a su publicación en el BOE. La finalidad de estos plazos no es otra que la realización del traslado por el Juez o Magistrado, dando además el tiempo necesario al mismo para la realización del alarde⁸¹⁹.

Por último hemos de tener en cuenta el día del juramento o promesa, puesto que a tenor de lo dispuesto en el último inciso del art. 319.1 de la LOPJ, los que hayan de prestar juramento o promesa, tomarán posesión del cargo en los tres días siguientes al acto de prestar dicho juramento o promesa.

La toma de posesión tendrá lugar en audiencia pública y ante la Sala de Gobierno del Tribunal o Audiencia al que fuera destinado. Si se trata de un Juez se hará ante el personal del Juzgado, dando la posesión el Juez que estuviera ejerciendo la jurisdicción.

Se extenderá la correspondiente acta reflejo de la toma de posesión por los Secretarios Judiciales en los libros de posesiones, ceses e incidencias que tienen

⁸¹⁶ Son los Magistrados nombrados por el conocido como quinto turno y los llamados magistrados “autonómicos.”

⁸¹⁷ Art. 319.1 LOPJ.

⁸¹⁸ Véase en este sentido Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 21 de mayo de 2003.

⁸¹⁹ Al que nos referiremos más adelante, y para el que se dispone de un plazo de 20 días conforme al art. 164 del Reglamento de la Carrera Judicial.

encomendados y de la misma remitirán testimonio al Juez Decano, Presidente del Tribunal o Audiencia, Salas de Gobierno, Mutualidad General Judicial y Habilitación correspondientes.

2.6. Acceso a la carrera judicial por las categorías de Magistrado y Magistrado del Tribunal Supremo.

Recordemos que de conformidad con el art. 299.1 de la LOPJ “La Carrera Judicial consta de tres categorías: - Magistrado del Tribunal Supremo. - Magistrado. - Juez”, y al igual que el legislador preveía en el art. 301.3 de la LOPJ que “El ingreso en la Carrera judicial por la categoría de Juez se producirá mediante la superación de oposición libre y de un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial”, en el apartado 5 del mismo precepto establece que “También ingresarán en la Carrera Judicial por la categoría de magistrado del Tribunal Supremo, o de magistrado, juristas de reconocida competencia en los casos, forma y proporción respectivamente establecidos en la ley” añadiendo que “quienes pretendan el ingreso en la Carrera Judicial en la categoría de Magistrados precisarán también superar un curso de formación en la Escuela Judicial”.

Como ya hemos referido con anterioridad, la LO 19/2003 estableció como único sistema de acceso a la Carrera Judicial por la categoría de juez el de oposición libre seguida de un curso teórico práctico de selección en la Escuela Judicial, suprimiendo el concurso-oposición para licenciados en derecho con seis años de ejercicio profesional, el denominado tercer turno, no obstante si se mantuvo el denominado cuarto turno o el acceso de juristas de reconocida competencia a la categoría de magistrado⁸²⁰, así como el quinto turno de acceso a la Carrera Judicial por la categoría de magistrado del

⁸²⁰ Sobre el conocido como “cuarto turno” digamos que ya la propia constitución de 1869 lo preveía como una excepción al sistema de acceso a través de la oposición (art. 94 párrafo segundo CE de 1869). Esta “excepción” de cobertura de plazas de magistrados en Audiencias y en El Tribunal Supremos por este “cuarto turno”, se recogió también en la LOPJ de 1870 (art. 133 y ss) y se amplió de modo efectivo a través de la Ley adicional a la orgánica del Poder Judicial de 1882, la cual supuso una ampliación considerable de los supuestos en los que se podía ingresar en la judicatura a través de la vía excepcional de nombramiento por parte del Gobierno entre abogados y otros colectivos jurídicos. Como ya señaló FIESTAS LOZA, A., en “*La quiebra de la independencia del poder judicial*”, Poder Judicial, núm. 14 pág. 61, la publicación de la ley produjo un “escándalo mayúsculo” y fue calificada incluso como “ley adicional para la supresión de la ley orgánica”.

Asimismo se puede decir que ese “cuarto turno” dejó de ser tal, habida cuenta que también en el caso de acceso al Cuerpo de Aspirantes se permitía la intervención del Gobierno en la provisión de vacantes (art. 40 y ss de la Ley adicional de 1882), por lo que siguiendo a APARICIO, M.A. se puede decir que “si bien se mantenía el sistema general de acceso al Cuerpo de Aspirantes mediante oposición, de cada tres (por eso no se trata propiamente del “cuarto turno” sino de “segundo y tercer turno”), vacantes de los Juzgados de entrada, dos podían ser cubiertas directamente por el Gobierno” (*El status del Poder Judicial en el constitucionalismo español 1808-1936*, Universidad de Barcelona, 1995, pág. 142.)

Vid. también sobre la ampliación del denominado “cuarto turno” por la Ley Adicional de 1882, AGUNDEZ, A., “*Historia del Poder Judicial en España*”, editora Nacional, Madrid 1974, pág. 145 y ss. Este autor califica la ampliación realizada por la Ley adicional de 1882 en la materia, como “otro paso atrás o batalla perdida en la independencia del Poder Judicial”.

Por último para un análisis detenido del denominado “cuarto turno” vid. VARELA ORTEGA, J. “*Los amigos políticos*”, Alianza, Madrid, 1977, y del mismo autor “*Sobre la naturaleza del sistema político de la Restauración*”, en AAVV, *Nación y Estado en la España Liberal*, Editorial Noesis, Madrid, 1994. pág. 187 y ss.

Tribunal Supremo (art. 301.5 LOPJ)⁸²¹. Como ya hemos señalado el propósito del legislador al establecer el régimen de turnos, era el de atraer a la Carrera Judicial a juristas de variadas procedencias que la enriqueciesen con sus aportaciones, pero entiende dicho legislador que tal propósito puede satisfacerse plenamente con el cuarto y quinto turnos, que permiten el acceso a la categoría de magistrados y de magistrado del TS, respectivamente de juristas de reconocida competencia.

De esta manera el legislador consideró inadecuado el mantenimiento del tercer turno estimando que el mismo no se justificaba ya ni por necesidades de coberturas de plazas, ni por el especial crédito profesional de los aspirantes. Por el contrario si estimó necesario reforzar las exigencias relativas al acceso por el cuarto turno⁸²² y de esta manera dispuso que quienes ingresen por esta vía deberán de superar un curso de formación en la Escuela Judicial, que deberá distinguirse convenientemente del curso de selección que sigue a la oposición libre puesto que mientras que este último consiste en actividades formativas que persiguen la formación inicial, por el contrario, el curso de formación dirigido a quienes ya son juristas de reconocida competencia pretende adecuar la formación ya acreditada en otros campos jurídicos a las exigencias y particularidades del ejercicio efectivo de funciones jurisdiccionales

Las posibilidades para el ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de Magistrado, son el concurso y el caso específico de la designación. En cuanto al primero, al concurso, de cada cuatro vacantes que se produzcan en la categoría de Magistrado, la cuarta vacante se proveerá por concurso, entre juristas de reconocida competencia y con más de 10 años de ejercicio profesional, que superen un curso de formación en la Escuela Judicial (arts. 311.1 V y 301.5 LOPJ). A su vez, una tercera parte de estas vacantes se reservará a miembros del cuerpo de Secretarios Judiciales de primera o segunda categoría (art. 311.1. V LOPJ). La valoración de los méritos, con arreglo a las bases aprobadas por el CGPJ, en las que se graduará la puntuación de los méritos que pudieran concurrir en los solicitantes conforme al baremo establecido en el apartado 2 del art. 313 de la LOPJ⁸²³, se realizará por el mismo tribunal que haya de

⁸²¹ Con la reforma operada por la LO 16/1994, de 8 de noviembre, el tercer turno quedó ciertamente desnaturalizado, toda vez que lo que inicialmente en la LOPJ de 1985 se concibió como un concurso entre juristas de reconocida competencia pasó a ser concurso-oposición para licenciados en derecho con seis años de ejercicio profesional, sin exigencias adicionales en cuanto al reconocimiento de sus méritos. Ello motivó que se redujese el porcentaje de plazas reservadas, y la práctica ha demostrado, como ya hemos dicho anteriormente, que no solían cubrirse en ninguna convocatoria.

⁸²² Art. 301.6 LOPJ.

⁸²³ Art. 313.2 LOPJ. “El baremo establecerá la valoración de los siguientes méritos:

- a) Título de Licenciado en Derecho con calificación superior a aprobado, incluido el expediente académico.
- b) Título de Doctor en Derecho y calificación alcanzada en su obtención, incluido el expediente académico.
- c) Años de ejercicio efectivo de la abogacía ante los juzgados y tribunales, dictámenes emitidos y asesoramientos prestados.
- d) Años de servicio efectivo como catedráticos o como profesores titulares de disciplinas jurídicas en universidades públicas o en categorías similares en universidades privadas, con dedicación a tiempo completo.
- e) Años de servicio como funcionario de carrera en cualesquiera otros cuerpos de las Administraciones Públicas para cuyo ingreso se exija expresamente estar en posesión del título de doctor o licenciado en derecho o impliquen intervención ante los Tribunales de Justicia, en la

juzgar la oposición libre. Además, los miembros de la Carrera Fiscal con al menos dos años de servicios efectivos, podrán presentarse a las pruebas de especialización en los órdenes contencioso-administrativo y social, como forma de acceso a la Carrera Judicial (art. 311.2 LOPJ)⁸²⁴.

El Consejo General del Poder Judicial podrá realizar por especialidades todas o algunas de las convocatorias de concurso para el acceso a la Carrera Judicial por la categoría de Magistrado de juristas de reconocida competencia, pero tanto éstos como los miembros de la Carrera Fiscal que hayan accedido a la Judicial a través de pruebas de especialización, no podrán ocupar plazas correspondientes a un orden jurisdiccional o una especialidad distinta hasta transcurridos cinco años de servicios efectivos. En todo caso para ocupar plazas de distinto orden jurisdiccional será necesario superar las actividades de formación obligatoria que reglamentariamente se fijen por el Consejo General del Poder Judicial. Quienes accedieran a la categoría de Magistrado sin pertenecer con anterioridad a la Carrera Judicial se incorporarán al escalafón inmediatamente a continuación del último Magistrado que hubiese accedido a la categoría (art. 311.3, 4,5 y 6 LOPJ).

Por último se puede ingresar directamente en la Carrera Judicial por la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo mediante designación entre Abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia. De cada cinco plazas, la quinta se proveerá por este sistema.

Podrán ser nombrados Magistrados del Tribunal Supremo, los Abogados y juristas de prestigio que cumplan los requisitos exigidos para ello, reúnan méritos suficientes a juicio del CGPJ y hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en la rama del Derecho correspondiente al orden jurisdiccional de la Sala para la que hubieran de ser designados. Quienes hubiesen accedido directamente a la categoría de Magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ podrán tomar parte en esta clase de concurso y si reúnen los méritos adecuados podrán ser nombrados Magistrados del Tribunal Supremo (arts. 343, 345 y 331 LOPJ).

Carrera Fiscal o en el Cuerpo de Secretarios Judiciales, destinos servidos y funciones desempeñadas en los mismos.

- f) Años de ejercicio efectivo de funciones judiciales sin pertenecer a la Carrera Judicial y número de resoluciones dictadas, valorándose además la calidad de las mismas.
- g) Publicaciones científico-jurídicas.
- h) Ponencias y comunicaciones en congresos y cursos de relevante interés jurídico.
- i) Realización de cursos de especialización jurídica de duración no inferior a trescientas horas, así como la obtención de la suficiencia investigadora acreditada por la Agencia Nacional de la Calidad y Acreditación.
- j) Haber aprobado alguno de los ejercicios que integren las pruebas de acceso por el turno libre a la Carrera Judicial.”

⁸²⁴ Art. 311.2. LOPJ “Para el acenso por escalafón será necesario que hayan prestado tres años de servicios efectivos como jueces. Para presentarse a las pruebas selectivas o de especialización bastará, sin embargo, con dos años de servicios efectivos, cualquiera que fuere la situación administrativa del candidato. Podrán presentarse también a las pruebas de especialización en los órdenes contencioso-administrativo y social, los miembros de la Carrera Judicial con categoría de magistrado y, como forma de acceso a la Carrera Judicial, los de la Carrera Fiscal; en ambos casos, será necesario haber prestado al menos dos años de servicios efectivos en sus respectivas carreras. Igual exigencia se requerirá a quienes se presenten a las pruebas selectivas a las que se refiere el apartado 4 del artículo 329”.

Por último, quienes tuvieran acceso al Tribunal Supremo sin pertenecer con anterioridad a la Carrera Judicial, se incorporarán al escalafón de la misma ocupando el último puesto en la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo. Se les reconocerá a todos los efectos, quince años de servicios.⁸²⁵

⁸²⁵ Todo ello de conformidad con el art. 347 de la LOPJ.

3. MODIFICACIONES QUE AFECTAN AL CARGO DE JUEZ O MAGISTRADO.

Una vez que se ha nombrado al Juez o Magistrado, y que éste ha jurado o prometido el cargo y asimismo ha tomado posesión del mismo, incorporándose a su destino, queda establecida la relación de servicio público, en el desempeño de la función jurisdiccional. Esta relación de servicio tiene un componente dinámico de tal manera que existen elementos, circunstancias o incidencias que afectan directamente a dicha relación de servicio conformándola nuevamente. Es lo que SANCHEZ MORON⁸²⁶ denomina “Derechos funcionales”, entendiéndolo por tales los que corresponden específicamente a la condición de funcionario, los que están inherentemente ligados a su estatuto particular como servidores públicos y a la carrera administrativa. El más importante de estos derechos funcionales sería el derecho al cargo que tiene dos significaciones, en primer lugar el funcionario tiene la facultad de ejercer todas las funciones y prerrogativas del cargo o puesto de trabajo que desempeña, naturalmente dentro del orden legal establecido y este se trata de un derecho general que subsiste mientras el funcionario esté adscrito a un puesto, con carácter definitivo o provisional, y que tiene como contrapartida la obligación de desempeñar las funciones propias del cargo y la responsabilidad por su desempeño. Y como segunda significación del derecho al cargo, sería que el funcionario no puede ser removido de su cargo, sino en los supuestos y con las condiciones que las leyes establezcan, este segundo significado, como vemos estaría vinculado al principio de inamovilidad del funcionario, hasta el punto que puede hablarse de derecho a la inamovilidad.

Por otro lado además del derecho al cargo existen otros derechos funcionales, que SANCHEZ MORON incluye en el genérico derecho a la carrera, y que se traduce en su opinión en un conjunto de oportunidades de ascenso y cambio voluntario de destino.

Esta relación se va a ver afectada, y por lo tanto va a sufrir variaciones que dependerán del paso del tiempo y de la voluntad del Juez o Magistrado, como la participación en pruebas selectivas de los órdenes jurisdiccionales civil y penal, o en pruebas de especialización en los órdenes contencioso-administrativo y social, o en la solicitud de la excedencia voluntaria, o para poder participar en concursos de nombramiento de plazas no reglados como más relevantes, y otras modificaciones únicamente dependientes del paso del tiempo, que dará lugar a la generación de antigüedad para participar en concursos de traslados y para poder ascender los Jueces a la categoría de Magistrados.

Las causas ordinarias en la variación de la relación de servicio son el cese en el destino que podrá ser por traslado y por ascenso. El traslado afecta a Jueces y Magistrados y el ascenso, por principio sólo a los jueces. A continuación vamos a analizar los traslados y ascensos reglados que no conllevan la extinción de la relación de servicio, asimismo analizaremos el cese por traslado forzoso.

⁸²⁶ SANCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función pública*, Cuarta edición, Ed. Tecnos, Madrid 2004, pág. 203-206.

Existen también otras causas de cese, como pueden ser el nombramiento para cargos no reglados, el derivado de la pérdida de la condición de Juez o Magistrado, etcétera, pero su naturaleza y efectos legales son los mismos.

3.1. El cese por traslado.

El cese por traslado queda sujeto a la decisión voluntaria del Juez o Magistrado. Por disposición legal se requieren o exigen dos presupuestos para participar en los concursos de traslados; por un lado el cumplimiento de los plazos de permanencia en el destino de origen, y por otro lado el no tener cualidad de electo ni encontrarse en alguna de las situaciones impeditivas previstas legalmente.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 RCJ, no pueden participar en los concursos de traslados;

- a. Los Jueces y Magistrados electos (art. 327.1 LOPJ)⁸²⁷.
- b. Los Jueces que se hallen en condiciones legales para ser promovidos a la categoría de Magistrados cuando se haya iniciado el trámite de promoción.⁸²⁸
- c. Los jueces y magistrados en situación administrativa de suspensión definitiva.
- d. Los sancionados con traslado forzoso hasta que transcurra el plazo determinado en la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador⁸²⁹.
- e. Los que no lleven en su destino el tiempo mínimo de permanencia reglamentariamente establecido⁸³⁰.
- f. Y los Magistrados sancionados por la comisión de una falta grave o muy grave cuya anotación en el expediente no hubiera sido cancelada⁸³¹.
- g. Los miembros de la Carrera Fiscal que hayan accedido a la Judicial a través de pruebas de especialización y los juristas de reconocida competencia que ingrese en ella en concurso limitado conforme al número 3 del artículo 311 de la LOPJ, no podrán concursar a plazas correspondientes a un orden jurisdiccional o una especialidad distinta hasta transcurridos cinco años de servicios efectivos y hayan obtenido el certificado prevenido en el artículo 83 del Reglamento de la Carrera Judicial

⁸²⁷ El art. 327.1 LOPJ y el art. 184 RCJ hablan de “Jueces y Magistrados electos”, sin determinar a que se entiende por tales, nosotros entendemos por tales aquellos Jueces y Magistrados que hubieran sido designados a su instancia (elegidos) para cualquier cargo judicial de provisión reglada.

⁸²⁸ Se entenderá iniciado dicho trámite cuando la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial acuerde asignar las vacantes existentes en la categoría de Magistrado, por falta de peticionarios, a los Jueces que ocupen los primeros puestos en el escalafón.

⁸²⁹ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 420.1 LOPJ, párrafo segundo.

⁸³⁰ Vid. Art. 327.2 de la LOPJ.

⁸³¹ Y ello cuando pretendan acceder a plazas de Presidente de Sección de la Audiencia Nacional, de las Audiencias Provinciales y de los Tribunales Superiores de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 333.3 de la LOPJ.

Señalemos que el apartado f) del artículo 184 del RCJ fue modificado por Acuerdo Reglamentario 1/2004 de 25 de febrero del Pleno del CGPJ.

También existe la prohibición de concursar a los jueces que renuncian al ascenso a la categoría de Magistrado, (art. 311.1 párrafo segundo de la LOPJ). Esta renuncia se ha de notificar expresamente al Consejo General del Poder Judicial con una antelación de seis meses y obliga al Juez a permanecer en la categoría de Juez durante dos años, pudiendo efectuarse la mencionada renuncia un máximo de tres veces. Transcurridos los plazos referidos, el Juez ascenderá en el turno que le corresponda⁸³². Esta limitación en las renunciaciones parece ser que tienen como objetivo la búsqueda de un equilibrio entre la facultad de renunciar y el mejor funcionamiento del servicio que se concreta en la estabilidad en los destinos judiciales, asimismo, busca que dichas renunciaciones puedan tener como fin el evitar el ascenso forzoso a plazas de Magistrado no deseadas.

En contraposición a la prohibición legal de concursar, hemos de decir que también existen supuestos en los que existe obligación legal de participar en concursos de traslado (art. 366 y sgs. de la LOPJ⁸³³ y art. 185 del RCJ), estos supuestos se refieren a;

- a. los Jueces y magistrados excedentes voluntarios que reingresan en la Carrera Judicial tras haber solicitado el reingreso al servicio activo y obtenido la declaración de aptitud.
- b. los que estaban en situación administrativa de suspensión definitiva superior a los seis meses tras finalizar el período de suspensión, haber solicitado el reingreso en el servicio activo y haber obtenido la declaración de aptitud.
- c. los jueces y magistrados rehabilitados.
- d. los jueces y magistrados que hubieren obtenido la especialización como jueces de menores en el supuesto prevenido en el artículo 99 del RCJ, respecto de los Juzgados de Menores que se anuncien para su provisión en los respectivos concursos.⁸³⁴

Para poder participar en un concurso de traslado ordinario, el tiempo mínimo de permanencia en el destino de origen es de un año en el caso de que se trate de un destino forzoso y de dos si es voluntario (art. 327.2 LOPJ y 174 RCJ).

⁸³² La renuncia plantea problemas de gestión, por ejemplo en la precisión en el día final del término de los seis meses que dice la ley, o la ausencia de una regulación del eventual desistimiento.

⁸³³ Dispone el art. 366 LOPJ “1. El juez o magistrado suspenso definitivamente deberá solicitar el reingreso al servicio activo con un mes de antelación a la finalización del periodo de suspensión. El reingreso producirá efectos económicos y administrativos desde la fecha de extinción de la responsabilidad penal o disciplinaria.
2. Si no fuera solicitado el reingreso en el tiempo señalado en el apartado anterior, se le declarará en situación de excedencia voluntaria por interés particular, con efectos desde la fecha en que finalizare el período de suspensión”.

⁸³⁴ Estos supuestos se recogen en el art. 99 del RCJ, que señala que “En la provisión de Juzgados de Menores entre miembros de la Carrera, la especialización como Juez de Menores surtirá los efectos de preferencia previstos en el artículo 329.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta preferencia se hará efectiva con arreglo a los criterios siguientes;

- 1º La especialización, acreditada mediante el título expedido, según el orden de puntuación obtenido en el curso correspondiente.
- 2º El tiempo de servicios efectivos prestados en Juzgados de Menores tras la especialización.
- 3º El mejor puesto en el escalafón.”

Este condicionante de permanencia mínima en un destino no suele plantear problemas, no obstante la sección tercera del Tribunal Supremo abordó esta cuestión en la Sentencia de 17 de marzo de 2003 (RJ 2003\3027). La cuestión planteada es si para la provisión de los Juzgados de Menores ha de exigirse a todos los Magistrados participantes en el concurso la permanencia mínima en su destino, a la que se refiere el art. 327.2 de la LOPJ (por lo tanto los que no la tienen no podrían concursar), o si por el contrario no sería necesario requerir ese requisito de permanencia a los Magistrados que hayan obtenido el título de especialistas en juzgados de menores en base a las previsiones contenidas en el artículo 329.3 de la LOPJ y del art. 98 del RCJ y siguientes.

Resuelve el Tribunal Supremo que existiría una contradicción con la aspiración legislativa de que los Juzgados de Menores estén servidos por Magistrados especialistas en la materia, y está contradicción sería “que se permita a un Juez obtener esa especialización, y que, al mismo tiempo, se realice una interpretación que dilate su posibilidad de servir un Juzgado de Menores”, razón por la cual entiende debe ceder la regla de la permanencia mínima establecida en el 327.2 de la LOPJ.

Nosotros mantenemos serias dudas de que dicha finalidad legislativa justifique que haya de ceder el artículo 327.2 ante lo dispuesto en 329.3 de la LOPJ, pertenecientes ambos al mismo cuerpo legislativo. Tanto el 329.3 de la LOPJ referido a los juzgados de menores o el 329.4 que afecta los Juzgados de lo Mercantil, ni el 329.2 que incumbe a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o de lo Social, concediendo preferencia para la cobertura de las respectivas plazas a los Magistrados especialistas, no obliga ni imponen a qué solo los Magistrados especialistas puedan ser destinados a esos Juzgados. Tampoco recoge esa imposición u obligación la Ley 5/2000 de 12 de enero de responsabilidad penal del menor. Quizás entiende el Tribunal Supremo en el supuesto que nos ocupa que la obtención de la especialidad implica una derogación de las normas de permanencia mínima en el destino⁸³⁵, en lo que tampoco podemos estar de acuerdo. Y por último la Sentencia referida no se ocupa de las Bases de los Concursos de traslados que es la Ley de los mismos, que recogen también ese requisito de permanencia mínima y que al no ser anuladas deben regir en el concurso en cuestión (art. 187 RCJ)⁸³⁶.

Por otro lado hemos de tener en cuenta que el plazo mínimo de permanencia no se verá afectado en el supuesto de que por disposiciones legales de aplicación, el Juez o Magistrado vea modificado su concreto destino, que es el supuesto de que suceda lo previsto en el art. 14.2 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial⁸³⁷.

⁸³⁵ Con excepción de los casos en que implique un ascenso.

⁸³⁶ Con anterioridad a la Sentencia de 17 de marzo de 2003 (RJ 2003\3027), la Sentencia de 30 de diciembre de 2002 (RJ 2003\1452), también de la Sección Tercera, el Tribunal Supremo entendió que la exigencia de permanencia en el destino de dos años para concursar a plazas de Juzgados de Menores a los Magistrados que hayan obtenido la especialidad correspondiente no es correcta. Y en contraposición a estas Sentencias, tenemos la de 24 de marzo de 2003 (RJ 2003\3130) del mismo órgano jurisdiccional, en la que se señala que debieron recurrirse las bases de la convocatoria y decide que el principio favorable a la especialización no altera el juego de la prelación para la cobertura de vacantes establecida en el art. 367 de la LOPJ.

⁸³⁷ Art. 14.2 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial. Conforme a este precepto la creación de nuevas plazas de Magistrados en una Audiencia Provincial dará lugar, si procede, a la creación de una nueva Sección completa con las plazas de nueva creación y las que resulten de la reducción a tres del número de

El Consejo General del Poder Judicial, mediante acuerdo motivado podrá no sacar temporalmente a concurso determinadas vacantes, siempre que estuvieran adecuadamente atendidas mediante magistrados suplentes o Jueces sustitutos, cuando la necesidades de la Administración de Justicia aconsejen dar preferencia a otras de mayor dificultad o carga de trabajo (art. 326.3 LOPJ).

Por otro lado el Consejo General del Poder Judicial no está obligado, cuando existan más plazas vacantes que aspirantes seleccionados para ser promocionados o ascender a la categoría de Magistrado, a ofertar la totalidad de dichas plazas, pues, como órgano constitucional de gobierno del Poder Judicial, que tiene atribuida legalmente entre sus funciones la de provisión de destinos de la Carrera Judicial,⁸³⁸ ha de contar con los instrumentos adecuados para evitar dichas posibles disfunciones, y entre otros, el de poder decidir qué vacantes han de ofertarse, ya que dicha potestad se enmarca en la de organización y en aras a lograr la eficacia y mejor prestación de la función que legalmente está llamado a cumplir, lo que implica seleccionar los órganos judiciales que deben ser cubiertos. Y cuando el legislador en el apartado tercero del art. 326 de la LOPJ señala que el Consejo General del Poder Judicial “podrá”, utilizando este término significa reconocer esa indudable potestad de organización al mencionado Consejo General del Poder Judicial, sin quepa oponer a los dispuesto en el precepto que comentamos la cita del art. 334 de la LOPJ⁸³⁹, (sin que esto tampoco sea obstáculo para la aplicación de este artículo 334 de la LOPJ y del artículo 187.3 del Reglamento 1/1995 de la Carrera Judicial).⁸⁴⁰

Por lo que se refiere al cese en el destino de Jueces y Magistrados, el mismo se llevará a efecto de conformidad con el artículo 287 del Reglamento de la Carrera Judicial, y por lo tanto el cese se realizará al día siguiente a aquel en que se publique en el Boletín Oficial del Estado la resolución que motive el cese, salvo que en dicha resolución se disponga otra cosa.

Y por lo que respecta a la toma de posesión del nuevo destino, ya nos referimos a las formalidades que conlleva la misma anteriormente. Señalar aquí no obstante, que cuando los Magistrados provengan de un orden jurisdiccional distinto, y accedan a un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de menores, o de lo Mercantil, antes de tomar posesión en sus nuevos destinos deberán participar en las actividades específicas de formación que establezca reglamentariamente el Consejo General del Poder Judicial. Estas actividades se llevarán a cabo con carácter previo a su cese y toma de posesión en el nuevo destino⁸⁴¹.

Magistrados existentes en otra u otras Secciones. La permanencia mínima en el órgano judicial se computará para estos magistrados no desde esa suerte de “reassignación” sino desde su toma de posesión en la Sección de la Audiencia Provincial que ve reducido su número de Magistrados a tres.

⁸³⁸ Art. 107.4 LOPJ.

⁸³⁹ El art. 334 LOPJ dispone que “Las plazas que quedaren vacantes por falta de solicitantes se proveerán por los que sean promovidos o asciendan a la categoría necesaria con arreglo al turno que corresponda.”

⁸⁴⁰ Vid. STS Ca de 4 de marzo de 2003 (RJ 2003\3637).

⁸⁴¹ Art. 329.2, 329.3, y 329.4 de la LOPJ.

En el supuesto de que no hubiere realizado las actividades de formación obligatoria por cambio de orden jurisdiccional a la fecha de publicación en el BOE de la resolución que hubiera procedido a su nombramiento para el nuevo destino, no cesará en el mismo, sino hasta el día siguiente a la finalización de las mencionadas actividades, computándose el plazo posesorio de veinte días, o de ocho días, según el caso, ese mismo día⁸⁴².

Si el traslado se produjese en tiempo de permiso o licencia del que esté disfrutando el Juez o Magistrado, el plazo para la toma de posesión se empezará a contar a partir del día siguiente al de la finalización del permiso o licencia.

3.2. El cese por ascenso.

El ascenso a la categoría de Magistrado desde la categoría de Juez se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en el art. 311.1 de la LOPJ, que señala que de cada cuatro vacantes que se produzcan en la categoría de Magistrado, dos se proveerán mediante ascenso con los Jueces que ocuparan el primer lugar en el escalafón dentro de esta categoría.

El mismo precepto 311 en su apartado segundo, previene la necesidad de que los que van a ascender hayan prestado un tiempo mínimo de tres años de servicios efectivos como jueces⁸⁴³. En el caso de que fueren a presentarse a las pruebas selectivas o de especialización serán suficientes dos años.

El Consejo General del Poder Judicial, en función de las necesidades generales de planificación y ordenación de la Carrera Judicial y adaptación de la misma a la Planta judicial, podrá dispensar a los jueces de este requisito de permanencia mínima de tres años en el destino que se recoge en el 311.2 de la LOPJ, y todo ello de conformidad con la Disposición Transitoria trigésimo octava introducida en la LOPJ por la LO 9/2002 de 10 de diciembre (BOE del 11) de modificación de la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores.

Sin lugar a dudas estamos ante un sistema ciertamente complejo, en el que se puede pasar de una categoría profesional a otra categoría superior, denominándose ascenso si es por antigüedad y promoción si es mediante pruebas selectivas. El CGPJ tiene la capacidad para poder dispensar del periodo de permanencia a los Jueces, la cual sólo se puede conceder durante un plazo no superior de cuatro años, atendiendo a las necesidades de la carrera judicial y la adaptación de la misma a la planta judicial, unida a la posibilidad de renuncia al ascenso que hemos analizado anteriormente, y sumado al cese en el destino derivado de la superación de las pruebas de especialización en los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social, nos diseñan como decimos un panorama muy complejo.

⁸⁴² Ver art. 319.1 y 329 de la LOPJ y 104, 248.3 a), 261 y 287 del RCJ.

⁸⁴³ Esto no siempre ha sido así, recordemos que a pesar de lo dispuesto en el art. 311.2 de la LOPJ, la Disposición Adicional Sexta de la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, estableció que hasta el 1 de enero de 1993 no sería aplicable el periodo de tres años recogido en el 311.2 de la LOPJ.

En las pruebas de especialización en los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social, pueden participar tanto Jueces como Magistrados. Si son Jueces, en el caso de superarlas, implicará el ascenso a la categoría de Magistrado y por lo tanto el traslado, y en el caso de que quienes las superen sean Magistrados, conllevará únicamente el traslado. También podrán presentarse los miembros de la Carrera Fiscal a estas pruebas, como vía de ingreso en la carrera judicial, y para ello habrán de haber prestado al menos dos años de servicios efectivos en su respectiva carrera (Art. 311.2 de la LOPJ)⁸⁴⁴.

Y por último se produce el cese en el destino cuando el Juez superase las pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccionales civil y penal. Se exige que se tenga tres años de servicios, y que sólo puedan concurrir los que ostentan la categoría de Juez. La superación de estas pruebas conlleva el ascenso a la categoría de Magistrado. (Art. 311 LOPJ)⁸⁴⁵.

Ya comentamos anteriormente las formalidades que afectan a la toma de posesión, señalar no obstante también aquí, que los Jueces que resulten promovidos a la categoría de Magistrados y accedan a un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Menores, o de lo Mercantil, con anterioridad a la toma de posesión de sus nuevos destinos, habrán de participar en las actividades específicas de formación que reglamentariamente establezca el CGPJ, debiéndose cumplir los requisitos ya analizados en el apartado correspondiente al cese por traslado.

3.3. Cese por traslado forzoso; supuestos legales.

Según la LOPJ de 1870 era necesario en ciertos casos que hoy han desaparecido⁸⁴⁶. En la actualidad los supuestos legales de cese por traslado forzoso se concretan en los que son debidos a las causas de incompatibilidad y los que corresponden por sanción disciplinaria.

- **Causa de incompatibilidad (artículos 394, y 391 a 393)**

Las incompatibilidades sobrevenidas (arts. 391 a 393), se refieren al parentesco que se tiene con otros miembros de la carrera Judicial, del Ministerio Fiscal o con el personal al Servicio de la Administración de Justicia, con Abogados o Procuradores que ejercen en el mismo ámbito territorial, por razón de arraigo económico, o por haber ejercido con anterioridad la profesión de Abogado o el cargo de procurador en los dos años anteriores a su nombramiento⁸⁴⁷, y que impide ocupar determinados destinos.

⁸⁴⁴ El art. 311 de la LOPJ ha sido redactado conforme a la LO 19/2003 de 23 de diciembre, y por lo tanto su desarrollo reglamentario que lo encontramos en los artículos 80 y siguientes del RCJ no está actualizado a dicha modificación normativa, conteniendo unos plazos diferentes, es por ello que naturalmente habremos de estar a lo dispuesto en la regulación orgánica por ser norma de rango superior.

⁸⁴⁵ El desarrollo reglamentario de esta cuestión se encuentra en los artículos 58 y siguientes del RCJ, que al ser anterior a la reforma operada en el art. 311 de la LOPJ por la LO 19/2003, exige un solo año de servicio efectivo para concurrir a las pruebas, en contradicción con lo dispuesto en la LOPJ.

⁸⁴⁶ Art. 234-237 LOPJ 1870. Vid. PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L. *Derecho de Tribunales (Organización, funcionamiento, gobierno)*, Op. Cit., pág. 273.

⁸⁴⁷ Art. 393.3 LOPJ.

En el caso de que un nombramiento diera lugar a una situación incompatible de las previstas en los artículos 391 a 393 de la LOPJ, el mismo quedará sin efecto, y se destinaría con carácter forzoso al Juez o Magistrado, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que hubiera podido incurrirse (art. 394 LOPJ). Se trata de una falta muy grave recogida en el 417.7 de la LOJ.

Si la incompatibilidad fuere sobrevenida, a ella se refiere el art. 394.2 de la LOPJ, el cual prevé que el CGPJ procederá al traslado forzoso del Juez o Magistrado sin cambio de residencia, en cuyo caso, será destinado a la vacante de la residencia oficial, si la hubiera, sin que proceda concursar la misma, por expresa disposición del precepto.

- **Sanción disciplinaria.**

Algunos autores como DRANGUET, entienden que es una incorrección imponer el traslado como una sanción,⁸⁴⁸ no obstante hoy en día por la comisión de una falta disciplinaria muy grave se puede imponer la sanción de traslado forzoso a una sede separada, al menos en cien kilómetros de aquella en la que estuviera destinado (art. 420.1.c), y 420.2 LOPJ), sin que puedan concursar en el plazo de uno a tres años de acuerdo con lo que señale al respecto la resolución sancionadora que ponga fin al procedimiento⁸⁴⁹, debiendo permanecer en el destino al que se le da traslado el plazo mínimo reflejado en la citada resolución.

⁸⁴⁸ Vid DRANGUET, *Responsabilidad e independencia del Poder Judicial*, Madrid 1930, pág. 13, respecto de la incorrección del traslado como sanción, al margen de las causas de incompatibilidad, “No comprendemos esta corrección del traslado, arma que siempre trataron de esgrimir los políticos”, pues “o el funcionario ha cumplido su deber o ha faltado en términos que su gestión no puede ser garantizadora en ningún lugar y entonces huelga el traslado...”.

⁸⁴⁹ Art. 184. d) RCJ, y art. 420.1 LOPJ. Esta última prohibición no implica una determinada duración de la sanción de traslado, sino que supone, como ha reconocido la sentencia de la Sala Tercera, sección 7ª, del Tribunal Supremo, de fecha 17 de marzo de 1995 (RJ 1995\2385), el establecimiento de un mecanismo normativo que impide al sancionado obtener en el plazo de referencia un nuevo destino en la localidad en la que se estuviera destinado.

4. SITUACIONES EN LAS QUE PUEDE ENCONTRARSE EL JUEZ O MAGISTRADO.

4.1. Consideraciones previas.

Una vez se ha producido el ingreso en la carrera judicial, es preciso abordar el desarrollo y posterior evolución de la relación de servicios del miembro de la carrera judicial. Este asunto es esencial en el “estatuto judicial” habida cuenta que incide en primer lugar en la independencia judicial siendo a su vez el instrumento de la posición institucional del ejercicio de la función jurisdiccional, y en segundo lugar afecta directamente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto que el contenido objetivo de este derecho es precisamente el ejercicio de la jurisdicción que ha de llevarse a cabo en condiciones de normalidad⁸⁵⁰.

El análisis de la relación de servicios de los miembros de la carrera judicial también es muy importante de cara a distinguir entre los elementos y características de la dimensión funcional⁸⁵¹ de otros elementos y características que son predicables de los Jueces y Magistrados como integrantes del poder difuso en que consiste el ejercicio de la jurisdicción.

Esta distinción, que como decimos, es muy importante a nivel estatutario, también tiene una gran relevancia a la hora de entender los límites de la actividad gubernativa que puede desplegar el CGPJ, tanto en vía de inspección como dentro del ejercicio de la potestad disciplinaria. Sobre este asunto ya se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala Tercera de 24 de septiembre de 2002⁸⁵², a la luz de la cual hemos

⁸⁵⁰ El estatuto judicial tiene sin duda una trascendental incidencia interna, pero también una indudable proyección externa, y en este sentido podemos ver la Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que en la Sentencia de 22 de septiembre de 1999, dictada en el recurso 566/1997 (RJ 1999\10013) señala que “el ejercicio de la función jurisdiccional constituye el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución. De lo cual se desprende que las exigencias legalmente establecidas para el recto ejercicio de la actividad judicial, son antes que derechos de los jueces o magistrados, garantías establecidas en interés de los ciudadanos para que obtengan la plena satisfacción que les corresponde en cuanto a aquel derecho fundamental”.

⁸⁵¹ Que naturalmente afectan al Juez como integrante de un aparato funcional del Estado.

⁸⁵² Dicha Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2002, en el recurso contencioso administrativo núm. 326/1995 (RJ 2003\1684), separa los dos aspectos esenciales de la condición de Juez, y así se expresa en su fundamento jurídico tercero “TERCERO.- Esta Sala, en lo que respecta a las denuncias formuladas ante CGPJ por la actuación de órganos jurisdiccionales, ha sentado una doctrina (expresada en las sentencias de 12 de junio (RJ 2000\4774) y 7 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9223), y 29 de mayo de 2001, (RJ 2001\4440) entre otras) cuyas ideas básicas son las siguientes:

1) El modelo de separación de poderes que consagra nuestro texto constitucional se traduce, en lo que al Poder Judicial se refiere, en los principios de independencia y exclusividad del ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Estos principios aparecen proclamados en los apartados 1 y 3 del artículo 117 de la Constitución; y también en los artículos 1, 2, 12 y 13 de la LOPJ.

Y es de resaltar, asimismo, que, dentro del capítulo V (encabezado con la rúbrica “De la Inspección de los Juzgados y Tribunales”) del Título III del Libro II de la LOPJ, los artículos 175.2 y 176.2 se preocupan de proclamar, no sólo esa exclusividad que corresponde a Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino la imposibilidad de que alcance a ella la actividad inspectora que corresponde CGPJ y a los demás órganos de gobierno del Poder Judicial.

de señalar que el ejercicio de la potestad sancionadora y la previa e instrumental de inspección sólo puede referirse al control de las obligaciones que, como empleados públicos, competen a los Jueces y Magistrados sin que se pueda llevar a cabo una revisión del contenido del ejercicio de la potestad jurisdiccional, lo que, en su caso, sólo podrá realizarse a través de los correspondientes recursos establecidos por la Ley.

Desde esta óptica y al amparo de la jurisprudencia del Tribunal es oportuno llevar a cabo una revisión de conceptos que al mismo tiempo son situaciones administrativas. Hemos de analizar la situación de servicio activo y dentro de esta la comisión de servicio, la prórroga de jurisdicción, la sustitución legal, los servicios especiales, las excedencias (tanto la voluntaria como la forzosa), la suspensión tanto provisional como definitiva, y la extinción de la relación de servicio y sus diferentes supuestos como la jubilación forzosa por incapacidad permanente, o la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público contemplada en el artículo 42 del Código Penal, o la previsión del art. 379 de la LOPJ.

Por otro lado y en esta revisión de conceptos que hemos de realizar hemos de tener en cuenta que el concepto de independencia de Jueces y Magistrados también puede ser analizado desde diferentes perspectivas, además de la perspectiva estatutaria o interna de la independencia judicial, siendo una de las mismas la que lo estudia vinculado al de separación de poderes y garantía del Estado de Derecho⁸⁵³, por lo tanto y en este sentido

El art. 175.2 de la LOPJ establece: “Las facultades inspectoras se ejercerán sin merma de la autoridad del Juez, Magistrado o Presidente”, Y el art. 176.2 de este mismo texto legal dispone: “La interpretación y aplicación de las leyes hechas por los Jueces o Tribunales, cuando administran justicia, no podrá ser objeto de aprobación, censura o corrección, con ocasión o a consecuencia de actos de inspección”.

2) De lo anterior se deriva que, por lo que a la actuación de Jueces y Magistrados se refiere, la labor inspectora que legalmente corresponde al Consejo General del Poder Judicial –CGPJ- ha de tener por objeto la indagación de conductas que pudieran ser constitutivas de faltas disciplinarias, y tiene vedado el examen de la tarea reinterpretación y aplicación de las leyes que encarna el núcleo de la función jurisdiccional.

Lo cual viene a significar esto;

a) en los Jueces y Magistrados hay que diferenciar dos aspectos, el de empleado público, sometido a un determinado estatuto profesional, y el de titular de la potestad jurisdiccional.

b) las potestades de inspección y disciplinaria que corresponde al CGPJ están referidas a la comprobación del funcionamiento burocrático de la Administración de Justicia, y a la vigilancia de las obligaciones que, según su estatuto profesional, incumben a Jueces y Magistrados en su faceta de empleados públicos; y

c) estas potestades tienen como límite el respeto a la exclusividad de la función jurisdiccional, y por ello, los órganos de gobierno del Poder Judicial carecen de atribuciones para revisar el ejercicio de esa potestad jurisdiccional que por mandato constitucional corresponde en exclusiva a Jueces y Magistrados.

3) La observancia de las normas de procedimiento, según lo establecido en el artículo 117.3 de la Constitución, es una exigencia directamente referida a la potestad jurisdiccional, y por ello, es también distinta a las obligaciones estatutarias que incumben al Juez en su faceta de empleado público.

4) La revisión de las actuaciones realizadas en el ejercicio de la potestad jurisdiccional solo es posible a través de los recursos que las leyes establezca.

Y la responsabilidad civil o penal en que pudieren incurrir los Jueces y Magistrados, con ocasión del ejercicio de dicha potestad jurisdiccional, tampoco corresponde declararla al Consejo General del Poder Judicial, sino a los diferentes órganos jurisdiccionales que, según los casos, tienen atribuida esta competencia en los artículos 53 y siguientes de la LOPJ.

5) El orden contencioso-administrativo tiene una naturaleza revisora. Esto determina que, cuando una actuación administrativa sea impugnada ante esa jurisdicción, la validez de la decisión que esa actuación haya adoptado sobre las peticiones deducidas por los interesados habrá de ser enjuiciada en función de los alegatos fácticos que, en apoyo de sus peticiones, tales interesados hayan realizado en vía administrativa.”

⁸⁵³ Véanse las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que reconocen este concepto de independencia judicial o del ejercicio de la jurisdicción, en concreto las Sentencias de 24 de septiembre

hemos de tener en cuenta la valoración y evaluación de las posibilidades de revisión de las decisiones judiciales y los límites de incidencia de otros órganos judiciales o gubernativos judiciales entre otros el CGPJ así como su Servicio de inspección.

Para cualquier funcionario público es esencial el régimen de las situaciones administrativas en las que se puede encontrar, siendo dicho régimen un elemento fundamental en el estatuto de los mismos. Y a los Jueces y Magistrados como servidores públicos y funcionarios de la Administración General del Estado, también le es de aplicación el concepto genérico. El Tribunal Constitucional ya se manifestó sobre ese concepto en la sentencia 1/2003 de 16 de enero (RTC 2003\1) señalando en su fundamento tercero que el estatuto de los funcionarios públicos no puede ser definido en abstracto y a priori, sino que debe entenderse comprendido en su ámbito, es decir, “en principio, la formación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario...”.

Por ello resulta esencial analizar las situaciones administrativas de los jueces y Magistrados reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y complementado por el Reglamento de la Carrera Judicial desde el prisma del estatuto judicial, para ver y comprender el alcance del mismo.

Conforme al art. 348.1 de la LOPJ, los Jueces y Magistrados pueden hallarse en alguna de las siguientes situaciones administrativas;

- a) Servicio activo.
- b) Servicios especiales.
- c) Excedencia voluntaria
- d) Suspensión de funciones.
- e) Excedencia por razón de violencia sobre la mujer⁸⁵⁴

Obsérvese que con la redacción dada a este artículo por la reforma de la LO 19/2003, (y el añadido del apartado e) por LO 3/2007) ya sólo se habla de excedencia voluntaria, y ha desaparecido la referencia a la excedencia forzosa, y asimismo se habla de suspensión de funciones, cuando en la redacción anterior a la reforma se hablaba de suspensión, y asimismo se prevé el supuesto de excedencia por razón de violencia sobre la mujer.

Por lo que se refiere a las diversas situaciones en las que se pueden encontrar los Magistrados del Tribunal Supremo hemos de recordar lo dispuesto en la Ley Orgánica 13/1999 de 14 de mayo por la que se modifican los artículos 19 y 240 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio del Poder Judicial en su disposición adicional única⁸⁵⁵, y

de 2002 dictada en el recurso núm. 266/1998 y la más reciente de 18 de marzo de 2003 dictada en el recurso 40/2000.

⁸⁵⁴ El supuesto e) del art. 348 de la LOPJ fue introducido por LO 3/2007 de 22 de marzo.

⁸⁵⁵ La Disposición Adicional única de la Ley 13/1999 de 14 de mayo disponía que “1. Los magistrados del Tribunal Supremo que en la fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1997 de 4 de diciembre, ocupasen cargos judiciales, de libre designación a propuesta del Consejo General del Poder Judicial en otros órganos de la Jurisdicción ordinaria, podrán continuar desempeñándolos hasta que soliciten su

por otro lado dichos Magistrados del Tribunal Supremo pueden estar en situación de servicio activo, y servicios especiales cuando fueren nombrados Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, miembro de Altos Tribunales Internacionales de Justicia, Fiscal General del Estado y Jefe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial⁸⁵⁶, “(Art. 352 LOPJ).

Por último los Magistrados del Tribunal Supremo podrán solicitar la excedencia voluntaria, que en el caso de que les fuera concedida, hará que pierdan su condición de tales Magistrados del Tribunal Supremo, con excepción de los supuestos del párrafo d)

reincorporación al Tribunal Supremo si no fueren de duración determinada, o tratándose de cargo de duración determinada, estrictamente, hasta el fin del periodo de cinco años para el que hubieran sido nombrados, a cuyo término deberán incorporarse al Tribunal Supremo en el plazo de quince días, con arreglo a lo preceptuado en la disposición transitoria tercera, 1 de dicha Ley.

Los magistrados del Tribunal Supremo que estuviesen en situación de excedencia voluntaria con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, deberán solicitar la reincorporación a la que hace referencia la disposición transitoria tercera, 1 de dicha Ley, dentro del plazo máximo de duración de aquella en el momento en que fueron declarados en dicha situación, o en el que éste haya sido posteriormente modificado según la legislación vigente en cada momento.

Los magistrados del Tribunal Supremo que hubieran sido declarados en situación de servicios especiales con anterioridad, también, a la entrada en vigor de la citada Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, para servir cargos en virtud de nombramiento por Real Decreto, deberán efectuar su reincorporación en el plazo de quince días a contar desde la publicación del Real Decreto de cese en el Boletín Oficial del Estado, siéndoles de aplicación, en otro caso, lo previsto en el artículo 348 bis de la Ley orgánica del Poder Judicial.

Estos magistrados no tendrán derecho a la reserva de plaza, y su reincorporación al Tribunal Supremo se llevará a efecto en los términos prevenidos en la disposición transitoria tercera, 2 de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre.

2. Los Magistrados que hubiesen solicitado la reincorporación al servicio activo en el Tribunal Supremo en aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, 1 de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, podrán conservar y, en su caso, recuperar la situación de que gozasen a su entrada en vigor, mediante solicitud dirigida al Consejo General del Poder Judicial en su caso, al organismo competente, dentro del mes siguiente a la entrada en vigor de esta ley. Esta situación estará sometida a los plazos y condiciones expresados en el apartado anterior.

3. El plazo de un año establecido en la disposición transitoria tercera, 1 de la Ley orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, queda modificado en los términos previsto en el apartado 1 de este artículo”.

⁸⁵⁶ Este último supuesto, el apartado e) Jefe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial, fue introducido por la LO 2/2004 de 28 de diciembre. Asimismo la LO 2/2004 de 28 de diciembre introdujo el apartado 4 y 5 en el art. 348 bis de la LOPJ, quedando el mismo de la siguiente manera:

Art. 348 bis LOPJ “Se pasará de la categoría de magistrado del Tribunal Supremo a la de magistrado al desempeñar cualesquiera otras actividades públicas o privadas con las únicas excepciones que a continuación se señalan:

1. Vocal del Consejo General del Poder Judicial.
2. Magistrado del Tribunal Constitucional.
3. Miembros de Altos Tribunales de Justicia Internacionales.
4. Fiscal General del Estado.
5. Jefe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial”.

De esta forma la LO 2/2004 resuelve y corrige la contradicción entre el art. 352 de la LOPJ y el art. 348 bis del mismo texto legal por cuanto que hasta la mencionada reforma no se mencionaba al Fiscal General del Estado entre los cargos que exceptuaba el art. 348 bis de la LOPJ, y además se ha acomodado este precepto al nuevo apartado 3 del art. 335 LOPJ en cuanto a la nueva categoría dada al Jefe de la Inspección.

y e) del art. 356 de la LOPJ⁸⁵⁷. En los demás casos quedarán integrados, en situación de excedencia voluntaria dentro de la categoría de Magistrado.⁸⁵⁸

4.2. Servicio Activo.

Es en la situación de servicio activo en la que se ejerce la potestad jurisdiccional, encontrándose los Jueces y Magistrados en dicha situación cuando ocupan plaza correspondiente a la Carrera Judicial, cuando se encuentren adscritos provisionalmente, cuando hayan sido nombrados Jueces adjuntos, o cuando les haya sido conferida comisión de servicio con carácter temporal (Art. 349 LOPJ).

Las Comisiones de Servicio (art. 350.1 LOPJ),⁸⁵⁹ las concede el CGPJ por un año prorrogable a otro:

- a) para prestar servicios en otro Juzgado o Tribunal, con o sin relevación de funciones
- b) para prestar servicios en el Ministerio de Justicia, con o sin relevación de funciones y
- c) Para participar en misiones de cooperación jurídica internacional, cuando no proceda la declaración de servicios especiales.

Dichas comisiones de servicio precisan además de la conformidad del interesado, el informe de su superior jerárquico y el del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial. Asimismo sólo podrán conferirse, en resolución motivada, si prevalece el interés del servicio y las necesidades de la Administración de Justicia lo permiten. (Art. 350.2 LOPJ).

⁸⁵⁷ Recordemos que el supuesto del párrafo d) del art. 356 LOPJ disponía “d) Para el cuidado de los hijos, por un período no superior a tres años para atender a cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, por adopción, por acogimiento permanente o preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o desde la fecha de la resolución judicial o administrativa que lo acuerde, respectivamente. Los sucesivos hijos darán derecho a un nuevo periodo de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que se viniera disfrutando. Cuando el padre y la madre trabajen, sólo uno podrá ejercer este derecho”.

Y por otra parte el párrafo e) también del artículo 356 LOPJ señala “e) También tendrán derecho a un periodo de excedencia, de duración no superior a tres años, para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

El periodo de excedencia será único por cada sujeto causante. Cuando un nuevo sujeto causante diera origen a una nueva excedencia, el inicio del periodo de la misma pondrá fin al que se viniera disfrutando.”

Esta excedencia y la regulada en el apartado anterior constituyen un derecho individual de los miembros de la Carrera Judicial. En caso de que dos de sus miembros generasen el derecho a disfrutarlas por el mismo sujeto causante, el Consejo General del Poder Judicial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con las necesidades y el funcionamiento de los servicios.

⁸⁵⁸ Art. 357 de la LOPJ, redactado según la LO 19/2003 de 23 de diciembre y modificado por la LO 3/2007 de 22 de marzo.

⁸⁵⁹ El artículo 350 de la LOPJ tenía un apartado tercero, redactado por LO 9/2000 de 22 de diciembre, dicho apartado que establecía un riguroso régimen de incompatibilidades para los Magistrados del Tribunal Supremo, fue suprimido por LO 19/2003, quedando ahora sometidos al régimen general en la medida en que resulte compatible con su estatuto especial.

Ha sido la reforma de 2003 la que ha introducido importantes novedades en la situación administrativa de jueces y magistrados, y así en lo que se refiere a la situación de servicio activo (art. 349 LOPJ) se amplía para dar cobertura al juez en expectativa de destino, bien porque se encuentre en la situación del art. 308 de la LOPJ, bien porque haya sido suprimida su plaza, situación esta última que antes de la reforma daba lugar a la situación de excedencia forzosa.⁸⁶⁰

4.2.1. Régimen jurídico de los jueces adjuntos. Situación administrativa.

El ritmo de selección de jueces, así como otra serie de circunstancias⁸⁶¹, y la programación de nuevos juzgados ha dado lugar a que no existan plazas suficientes en la categoría de Juez para adjudicar a los nuevos Jueces, es decir, existen más jueces que plazas⁸⁶². Por ello, y para dar respuesta a esta situación se modificó el artículo 308 de la LOPJ por la LO 9/2002 de 10 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, y del Código Civil sobre sustracción de menores, creando la figura del denominado “Juez en expectativa de destino”, precepto este del art. 308 de la LOPJ que ha sido redactado actualmente conforme a la LO 19/2003 de 23 de diciembre, y que ha sustituido la nomenclatura de “Jueces en expectativa de destino” por la de “Jueces adjuntos”⁸⁶³.

Se definen pues los Jueces adjuntos como aquellos aspirantes aprobados que ingresan en la Carrera Judicial y que, al no existir vacantes, no pueden ser nombrados Jueces titulares de órganos judiciales, puesto que esta condición se reserva a los que son nombrados mediante Orden y toman posesión de su destino, y todo ello de acuerdo con la regulación del artículo 33 del RCJ, en la redacción dada por Acuerdo Reglamentario del CGPJ 4/2003 de 12 de marzo publicado en el BOE de 21 de marzo, y que mantiene aún la nomenclatura de Jueces en “expectativa de destino”.

Una vez superados por los aspirantes la oposición libre, de acuerdo con las plazas convocadas, optarán, según el orden de puntuación obtenida por la Carrera Judicial o por la Carrera Fiscal, incorporándose a la Escuela Judicial para seguir el curso teórico-

⁸⁶⁰ En el mismo sentido se había anticipado a la reforma del artículo 199 del Reglamento 1/1995 de 7 de junio de la Carrera Judicial (Acuerdo Reglamentario núm. 4/2003 del Pleno del Consejo, de 12 de marzo de 2003).

⁸⁶¹ Como el mantenimiento de la edad de jubilación de los miembros de la carrera judicial en setenta y dos años hasta el 31 de diciembre de 2003, y en setenta y un años hasta el 31 de diciembre de 2004, conforme a la Disposición Transitoria Trigésimo sexta de la LO 9/2000 de 22 de diciembre sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia por la que se modifica la LOPJ.

⁸⁶² Recordemos que la reforma de la LOPJ por parte de la Ley Orgánica 9/2000 de 22 de diciembre sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia supuso un cierto frenazo en el ritmo de jubilaciones forzosas por edad, y asimismo el número de plazas de nueva creación ha sido muy reducido.

⁸⁶³ Hemos de tener en cuenta que los jueces en expectativa de destino a que se refería el art. 308.2 LOPJ en su redacción anterior son ahora denominados jueces adjuntos, y los antiguos jueces adjuntos, jueces en prácticas tuteladas. Pero esta nueva denominación de juez adjunto no evita que, en puridad, este juez se encuentre en una situación de expectativa de destino, en la que cesarán a medida que se produzcan vacantes y sean nombrados titulares de un órgano judicial.

práctico correspondiente⁸⁶⁴. Y la legislación actual señala que la Escuela Judicial elaborará una relación con los aspirantes que aprueben el curso teórico y práctico, según su orden de calificación, y dicha relación se elevará al Consejo General del Poder Judicial, señalando que los aspirantes aprobados que no pudieran ser nombrados Jueces titulares de órganos judiciales ingresarán en la Carrera Judicial en calidad de Jueces adjuntos⁸⁶⁵, tomando posesión ante el Presidente del Consejo General del Poder Judicial, al que quedarán adscritos a los efectos previstos en los artículos 212.2, 216, 216 bis 1, 261 bis 2, 216 bis 3 y 216 bis 4.

Hemos de considerar en este punto el Acuerdo Reglamentario número 4/2003 del Pleno del Consejo de 12 de marzo de 2003 que ha reformado el artículo 199 del Reglamento 1/1995 de 7 de junio, de la Carrera Judicial, y ha introducido en él un nuevo artículo 129 bis con la finalidad de regular el régimen jurídico del “juez en expectativa de destino”, ahora juez adjunto. Tras la reforma del art. 349 de la LOPJ queda clarificado que los jueces y magistrados se encontrarán en situación de servicio activo, no sólo cuando ocupan plaza correspondiente a la Carrera Judicial, están pendientes de la toma de posesión en otro destino o les ha sido conferida comisión de servicio con carácter temporal, sino que, asimismo, se hallan en esta situación los jueces que sean nombrados jueces adjuntos en las condiciones del art. 308.2 de la LOPJ.

Así pues y en cuanto al régimen jurídico del juez adjunto, hemos de convenir que es un juez profesional de carrera: por ello los jueces en expectativa de destino se considerarán equiparados a los jueces que se encuentren en cualquiera de las modalidades ordinarias de la situación de servicio activo a que se refiere el artículo 349 de la LOPJ, con las solas especialidades contenidas en el Título citado, y que afectan a su situación transitoria de falta de destino propio. Podemos resumir dicho régimen de acuerdo con las siguientes consideraciones:

- a) En primer lugar se trata de una situación excepcional, pues la regla general es que sólo deben resultar aprobados los aspirantes a la Carrera Judicial en un número equivalente al de vacantes efectivamente existentes en el momento de la convocatoria y un número adicional que permita cubrir las que previsiblemente puedan producirse hasta la siguiente convocatoria (art. 301.4 LOPJ).
- b) Puede ocurrir, sin embargo, que por razones imprevistas, y por lo tanto no ordinarias, hubiere aspirantes aprobados que, excepcionalmente, por no existir vacante no pudieran ser nombrados jueces titulares de órganos judiciales, en cuyo caso ingresarán en la Carrera Judicial en expectativa de destino, jurando y tomando posesión ante el Presidente del Consejo General del Poder Judicial, al

⁸⁶⁴ El curso de selección en la Escuela Judicial incluirá un programa de formación multidisciplinar (no inferior a nueve meses) y un período de prácticas tuteladas (no inferior a seis meses) en diferentes órganos de todos los órdenes jurisdiccionales. Durante el período de prácticas los Jueces en prácticas tuteladas ejercerán funciones de auxilio y colaboración con sus titulares [redacción de borradores o proyectos de resolución que el juez ponente podrá, en su caso, asumir con las modificaciones que estime pertinentes] y, excepcionalmente, podrán actuar en funciones de sustitución o de refuerzo, conforme a lo establecido en esta Ley (art. 307.1 y 2 LOPJ).

⁸⁶⁵ La diferencia entre los Jueces en prácticas tuteladas y los Jueces adjuntos es clara: los primeros no pertenecen a la Carrera Judicial y los segundos sí, aunque hayan tomado posesión ante el Presidente del CGPJ y carezcan de plaza efectiva.

que quedarán adscritos a los efectos de los artículos 212.2, 216, 216 bis 1, 216 bis 2, 216 bis 3 y 216 bis 4, todo ello de conformidad con el art. 308.1 de la LOPJ⁸⁶⁶, sin que este precepto ni el art. 33 del RCJ nada especifiquen sobre el acto de juramento o promesa ni el plazo para realizar esos actos, por lo que habremos de entender que el juramento o promesa habrá de prestarse dentro del plazo general de 20 días que computaremos desde la fecha en que se produce el Acuerdo del Pleno por el que se dispone el nombramiento de los nuevos Jueces sobre la relación remitida por la Escuela Judicial, y que es el acto administrativo por el que se resuelve su ingreso en la carrera judicial como Juez adjunto.

- c) Los jueces en expectativa de destino, ahora jueces adjuntos, como jueces de nuevo ingreso pero a la vez como jueces de carrera que deben ejercer sus funciones jurisdiccionales con preferencia a la justicia interina (por lo que tendrán preferencia sobre los jueces sustitutos en cualquier llamamiento para el ejercicio de las funciones a las que se refieren los artículos indicados en el párrafo anterior), se establece que prestarán servicios en órganos unipersonales de ámbito provincial o inferior de los órdenes jurisdiccionales civil o penal, si bien lo harán preferentemente en Juzgados de Primera Instancia e Instrucción servidos por jueces y sólo con carácter subsidiario en órganos unipersonales de los mencionados órdenes jurisdiccionales servidos por magistrados⁸⁶⁷.

En estos órganos los jueces en expectativa de destino ejercerán preferentemente, y por este orden, funciones de refuerzo o de sustitución de larga duración⁸⁶⁸. La larga duración de la función de refuerzo garantiza la inamovilidad funcional durante un periodo razonable. Y sólo excepcionalmente cuando no resulte posible la sustitución de larga duración, el artículo 129 bis, apartado 5, autoriza al Presidente del Tribunal Superior de Justicia al que se halle adscrito para que, a propuesta del respectivo Juez Decano y dando cuenta al Consejo General del Poder Judicial, pueda disponer por cada juez en expectativa de destino hasta un máximo de cuatro llamamientos anuales para el ejercicio de funciones de sustitución de corta duración.

- d) Y en cuanto al régimen retributivo del juez en expectativa de destino será el establecido en la Ley. A tal efecto, la Ley reguladora del régimen retributivo de

⁸⁶⁶ Por lo que se refiere al número de adscripciones en el ámbito de cada uno de los Tribunales Superiores de Justicia, y los concretos órganos jurisdiccionales a que cada una de las adscripciones corresponda serán determinados previamente por el Consejo General del Poder Judicial atendiendo a las necesidades de aquéllos, una vez oídas sus respectivas Salas de Gobierno. Y esa previa determinación permitirá, con objeto de mantener la unidad de las promociones, la oferta indistinta a todos los aspirantes aprobados tanto de las vacantes efectivamente disponibles como de las adscripciones, en concreto, al servicio de Tribunales Superiores de Justicia en régimen de expectativa de destino necesarias para completar la lista de aspirantes aprobados, teniendo en cuenta, en su caso, los méritos relativos al conocimiento de la lengua y derecho civil especial o foral propios de las comunidades autónomas.

⁸⁶⁷ Excepcionalmente, cuando no exista la posibilidad de adscribir a los jueces en expectativa de destino, en el ámbito de la provincia a la que se hallen adscritos, a los órganos anteriormente indicados, podrán prestar servicios asimismo, y por este orden, en órganos colegiados de los órdenes civil o penal, en su defecto, en órganos unipersonales de otros órdenes jurisdiccionales.

⁸⁶⁸ Y ello de conformidad con lo establecido en el artículo 308.2 de la LOPJ y en coherencia con lo dispuesto en las reglas quinta y sexta de la Instrucción 1/2003 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre régimen de sustituciones, magistrados suplentes y Jueces Sustitutos.

las carreras judicial y fiscal ha incorporado una Disposición cuarta, modificada por la Disposición Adicional 10ª de la LO 19/2003 de 23 de diciembre, conforme a la cual “Los Jueces a los que se refiere el art. 308 LOPJ percibirán con cargo a los presupuestos del Ministerio de Justicia las retribuciones básicas correspondientes a la categoría de juez y las retribuciones complementarias, variables y especiales correspondientes al puesto de destino ocupado, una vez sean llamados para el ejercicio de las funciones a las que se refieren los arts. 212.2 y 216 bis de la LOPJ. En tanto permanezcan adscritos al CGPJ, sin llamamiento al ejercicio de las referidas funciones jurisdiccionales, percibirán dichas retribuciones básicas y complementarias con cargo a los presupuestos del Consejo del Poder Judicial”⁸⁶⁹.

- e) Los jueces adjuntos cesarán en su cometido en el momento en el que sean nombrados jueces titulares y destinados a las vacantes existentes después de cada concurso de traslados. Tampoco refiere nada la LOPJ ni el RCJ, sobre el hecho de que una vez vayan surgiendo vacantes y los Jueces adjuntos, pasen a ser Jueces Titulares de las mismas por el orden numérico que ocupen en las listas de aspirantes aprobados, si deberán prestar nuevo juramento o promesa, nosotros hemos de entender que así debe ser, y que el Juez adjunto ha de prestar nuevo juramento o promesa conforme a lo dispuesto en el art. 318 y 319 de la LOPJ⁸⁷⁰. Una vez producida la adjudicación del destino en propiedad, a los jueces que hubiesen estado en situación de expectativa de destino se les computará el tiempo que hayan permanecido en esa situación a todos los efectos⁸⁷¹.

Por otro lado podemos observar la coherencia de la convocatoria de nuevas pruebas de ingreso en la Carrera Judicial, puesto que conforme a lo dispuesto en el art. 301.4 de la LOPJ, que señala que “La convocatoria para el ingreso en la Carrera Judicial, que se realizará conjuntamente con la de ingreso en la Carrera Fiscal, comprenderá todas las plazas vacantes existentes en el momento de la misma y un número adicional que permita cubrir las que previsiblemente puedan producirse hasta la siguiente convocatoria”, se prevé con un gran esfuerzo la totalidad de las plazas vacantes, así como una previsión de las que puedan producirse hasta la siguiente convocatoria. Esto sin duda precisa de una muy buena organización y planificación, así como de una relación también muy buena entre las administraciones públicas por cuanto que aunque la convocatoria de nuevas pruebas afecta a competencias que sin ser compartidas, si requieren de una actividad común entre el Ministerio de Justicia y el CGPJ⁸⁷².

⁸⁶⁹ Sin perjuicio de ello, los jueces en expectativa de destino tendrán derecho a percibir las indemnizaciones por razón del servicio, en particular por desplazamiento, que les correspondan de conformidad con la legislación vigente.

⁸⁷⁰ Recordemos que el art. 318 de la LOPJ obliga a jurar o prometer a todos los miembros de la Carrera Judicial previamente a tomar posesión del primer destino, y para el Juez adjunto su primer destino es aquel que se produzca tras su nombramiento como Juez.

⁸⁷¹ Incluido el efecto relativo al tiempo mínimo de permanencia en el primer destino a que se refiere el artículo 175 del Reglamento de la Carrera Judicial.

⁸⁷² El Ministerio de Justicia es quien tiene la competencia en última instancia de la creación de nuevas plazas judiciales, y el CGPJ es el órgano competente para efectuar la convocatoria, y en ella habrá de tener en cuenta las plazas vacantes, y ello a su vez dependerá, entre otras cuestiones, del número de plazas de nueva creación.

Con este sistema que comentamos de los Jueces adjuntos (anteriormente Jueces en expectativa de destino), el legislador intentó dar respuesta al problema que él mismo había generado creando un número de plazas de nueva creación menor, a las que se habían estado creando en un tiempo anterior. Y asimismo esta solución permitía contar con un número de nuevos jueces, con los que una vez completada la planta, dar respuesta a ausencias prolongadas de los titulares de otros órganos, o de sobrecarga de trabajo o de deficiencias no estructurales, en aquellos órganos que sean susceptibles de ser sometidos a un plan de refuerzo, evitando también de esa manera que fuera necesario llamar a los jueces sustitutos.

Esta misma finalidad de la que hablamos de contar con un superávit de nuevos jueces que pudieran suplir a los Jueces y Magistrados en caso de ausencia, o reforzar los distintos órganos jurisdiccionales evitando el llamamiento de los Jueces Sustitutos y Magistrados Suplentes, es la que se alcanza en Francia con la figura de los llamados “Magistrados volantes”⁸⁷³, pero el traslado de dicha figura a nuestro País tal como está configurada hubiera planteado diversas problemáticas por cuanto que se tratan de plazas con contenido específico, destinos para ocupar, y ello hubiera hecho que en nuestro País se vieran afectadas la Configuración de la Planta judicial, y por tanto la Ley de Planta y la LOPJ, por lo que se refiere a plantilla, ámbitos de adscripción, formación de órganos jurisdiccionales, sustitución de magistrado volante, etcétera.

Por último ya comentamos anteriormente, que después de su reforma por la LO 19/2003, la LOPJ exige que las plazas de Jueces y Magistrados sean cubiertas por miembros de la Carrera Judicial para lo cual restringe las posibilidades de sustitución de los jueces sustitutos y magistrados suplentes, exige con carácter general que las sustituciones se produzcan entre jueces titulares y sólo excepcionalmente se podrá acudir a la sustitución por jueces no profesionales: “Las funciones jurisdiccionales en los juzgados y tribunales de todo orden regulados en esta ley se ejercerán únicamente por jueces y magistrados profesionales, que forman la Carrera Judicial” (art. 298.1 LOPJ), y los jueces adjuntos son miembros de la Carrera Judicial.

Mencionemos también que antes de la reforma citada, la LOPJ incluía, entre los jueces no profesionales y con inamovilidad temporal, a los jueces en régimen de provisión temporal (arts. 298.2, 152.2.4º y 428 a 433). No obstante la disposición adicional cuarta⁸⁷⁴ de la LO 16/1994, de 8 de noviembre de modificación de la LOPJ, estableció un plazo de caducidad de cinco años –desde su entrada en vigor- a partir del cual las vacantes que no puedan cubrirse por jueces titulares deberán cubrirse exclusivamente por jueces sustitutos.

⁸⁷³ La regulación de esa figura la encontramos en la legislación francesa en el Título V “Disposiciones para facilitar la gestión del cuerpo judicial”, capítulo I “De los Magistrados adscritos al Presidente de la Corte” de la LO núm. 95-64 de 19 de febrero de 1995 por la que se modifica la Ordenanza núm. 58-1270 de 22 de diciembre de 1958 sobre el estatuto de la Magistratura.

⁸⁷⁴ La Disposición adicional cuarta de la LO 16/1994 señala que “La provisión de plazas por Jueces en régimen de provisión temporal se mantendrá por un período de cinco años desde la entrada en vigor de la presente Ley, a partir de cuyo momento las vacantes que no puedan cubrirse por Jueces titulares deberán ser provistas exclusivamente en la forma establecida en el apartado 2 del artículo 212 (jueces sustitutos) de esta ley”.

La vigencia de los arts. 428 a 433 LOPJ [Título IV del Libro IV *De los Jueces en régimen de provisión temporal*] – no han sido formalmente derogados ni vaciados de contenido-, pero no es un obstáculo para su inaplicabilidad, pues como dice VALENCIA MIRON⁸⁷⁵, la nueva redacción del art. 298.2 LOPJ [“También ejercen funciones jurisdiccionales sin pertenecer a la Carrera Judicial (...), los magistrados suplentes, los que sirven plazas de Jueces sustitutos, los jueces de paz y sus sustitutos”] no incluye referencia alguna a los jueces en régimen de provisión temporal y el art. 152.2 ha sido modificado para suprimir la atribución (núm. 4º) a las Salas de Gobierno de los TSJ de la selección y nombramiento de los jueces en régimen de provisión temporal. Todo parece indicar que la LOPJ ha cerrado la puerta definitivamente a esta clase de jueces con inamovilidad temporal.

4.2.2. Características de los jueces adjuntos.

En lo que se refiere a su situación administrativa o modalidad de servicios especiales, sus características son las siguientes;

a. Se trata de una modalidad de ejercicio de la función judicial.

Como decimos se trata de una modalidad de ejercicio de la función judicial dentro de la situación de servicio activo cuya nota fundamental es la no titularidad de un órgano judicial.

Y así lo podemos deducir de lo dispuesto en el art. 349.1 de la LOPJ que dice que “Los Jueces y Magistrados estarán en situación de servicio activo cuando ocupen plaza correspondiente a la Carrera Judicial, cuando se encuentren adscritos provisionalmente, cuando hayan sido nombrados Jueces adjuntos, o cuando les haya sido conferida comisión de servicio con carácter temporal”.

En el mismo sentido se manifiesta el art. 199.1 segundo inciso del Reglamento de la Carrera Judicial cuando manifiesta que “Asimismo se hallan en esta situación los Jueces en expectativa de destino a que se refiere el artículo 308.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, que como vemos sigue sin adaptarse a la reforma operada en la LOPJ por la LO 19/2003 puesto en el art. 308.2 de la LOPJ no se habla ya de jueces en expectativa de destino, sino de jueces adjuntos, y por lo tanto hemos de entender la referencia hecha a los mismos.

Esta consideración de la figura supone una diferencia clara con la legislación funcional, puesto que en esta y de acuerdo con el artículo 29.1 y 5 de la Ley 30/1984 de medidas para la reforma de la función pública, la expectativa de destino es una situación administrativa considerada distinta al servicio activo derivada de un procedimiento de reasignación de efectivos (aunque bien es verdad que se equipara en lo sustancial al servicio activo, con sus propias peculiaridades).

b. Se trata de una situación excepcional.

⁸⁷⁵ VALENCIA MIRON, A. J.,: *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Comares, Granada 2006, pág.100.

Y esta excepcionalidad sorprendentemente la consagra el RCJ en su art. 33.2 cuando señala en su primer inciso que “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 301.2 de la LOPJ, si hubiere aspirantes aprobados, que excepcionalmente, por no existir vacante, no pudieran ser nombrados Jueces titulares de los órganos judiciales ingresarán en la Carrera Judicial en expectativa de destino, jurando y tomando posesión ante el Presidente del Consejo General del Poder Judicial”.

Causa extrañeza la acuñación reglamentaria de esta excepcionalidad puesto que en primer lugar dicha condición es muy discutible, por lo que comentábamos anteriormente en relación a las posibilidades que otorga para resolver determinados problemas, y en segundo lugar porque la ley acepta con normalidad esta situación de existencia de una lista de aprobados mayor al número de plazas vacantes disponibles en ese momento, por lo tanto nos hemos de sorprender de que se trate a esta situación como excepcional.

En todo caso la excepcionalidad no devendría de la existencia de la lista de aprobados superior al número de vacantes, sino que la excepcionalidad se podría concretar en la forma de prestación del servicio, dado que el mismo se prestará sin ser titular de un órgano jurisdiccional, y además para realizar concretas funciones de sustitución o de refuerzo en los términos previstos en los artículos 212.2, 216, 216 bis 1, 216 bis 2, 216 bis 3 y 216 bis 4 de la LOPJ.

c. Se trata de una situación transitoria.

Todos los Jueces y Magistrados tienen vocación de ser titular de un órgano judicial, por lo tanto su situación como Juez adjunto es transitoria, debida a la ausencia de plazas vacantes suficientes en el momento de su nombramiento, y dicha situación finalizará cuando se vayan dando vacantes en la categoría, y así se recoge en el último párrafo del art. 308 de la LOPJ que señala que “...cesarán en su cometido en el momento el que sean nombrados Jueces titulares y destinados a las vacantes que se vayan produciendo, según el orden numérico que ocupen en la lista de aspirantes probados”.

Por lo tanto la situación de Juez adjunto finaliza con la Orden por la que se le destina como titular a un Juzgado vacante de categoría de Juez, lo que sucederá tras cada concurso de traslado (art. 129 bis, apartado 10 del Reglamento de la Carrera Judicial).

La situación de transitoriedad del Juez Adjunto también deriva del modo de prestación del servicio, puesto que como señala la ley el Juez adjunto puede ser adscrito a diferentes órganos sucesivamente, “solamente cuando se extinga la causa que motivó la adscripción del Juez en expectativa de destino al órgano en que viniere prestando servicios” (art. 129 bis punto 4 del RCJ). El art. 33.3 del RCJ intenta dotar de algo de estabilidad a estas adscripciones y por ello prescribe que “se seleccionarán destinos que presumiblemente permitan una prestación del servicio lo más prolongada y continuada posible, y en todo caso, de una duración mínima de seis meses”, pero esta previsión reglamentaria es meramente una intención, habida cuenta que su cumplimiento es difícilmente realizable puesto que las causas que motivan las sustituciones y su duración son muy difíciles de controlar.

d. No se afecta al principio de inamovilidad.

Hemos de entender que la inamovilidad que consagra el artículo 117 de la Constitución Española, no se ha de ver afectada por la existencia de los jueces adjuntos, puesto que esta modalidad de servicio activo y el ejercicio de la jurisdicción en distintos órganos está condicionada por la existencia y colusión de distintos elementos objetivos como el regreso del titular de ese órgano al servicio, y cuya ausencia transitoria justificó su adscripción a ese órgano, o la conclusión de tareas de refuerzo encomendadas, o en fin, la existencia de plaza vacante cuya concurrencia producirá como efecto que el Juez adjunto tenga que ser necesariamente adscrito a otros órganos u otras funciones, o bien deje de serlo para convertirse en el titular de una plaza.

No obstante lo referido, y aunque la objetividad del sistema parece excluir cualquier posibilidad de interferir en la independencia del Juez a través de condicionar su inamovilidad, no hubiera estado de más incluir expresamente en el art. 378 de la LOPJ que los Jueces adjuntos a que se refiere el art. 308.2 de la propia Ley gozarán de inamovilidad en los órganos judiciales a que hayan sido adscritos mientras perduren las circunstancias objetivas que hayan determinado su adscripción.

4.2.3. Delimitación de funciones, preferencia de los jueces adjuntos, y criterios para la selección de las plazas a ocupar por los mismos.

- **Delimitación de funciones.**

Los Jueces adjuntos tomarán posesión ante el Presidente del CGPJ, al que quedarán adscritos a los efectos previstos en los artículos 212.2, 216, 216 bis 1, 216 bis 2, 216 bis 3 y 216 bis 4. De la lectura de estos preceptos no podemos afirmar que exista una preeminencia de la labor de refuerzo sobre la labor de sustitución que puedan desarrollar los jueces adjuntos. La función a realizar por lo tanto por estos jueces estará en función de las necesidades del servicio, y esto lo valorará el CGPJ, previa audiencia de las Salas de Gobierno de los TSJ. No obstante lo dicho, hemos de pensar que el legislador lo que persigue con esta figura es la progresiva eliminación de lo que se ha dado en llamar “justicia interina”, y por lo tanto las funciones a realizar por los jueces adjuntos estará en buena medida condicionada por las funciones que estén llevando a cabo los Jueces sustitutos y los Magistrados suplentes.

Por otro lado es conveniente que señalemos que el Juez adjunto tiene dos tipos de adscripción simultaneas, una de carácter estatutario y otra de carácter funcional, la adscripción de carácter estatutario lo es como hemos dicho al Presidente del CGPJ, ante quien jura el cargo y toma de posesión y que gestiona directamente todas las vicisitudes relativas al estatuto funcional de los mismos, y la adscripción de carácter funcional, lo es ante los TSJ, que proponen ante el CGPJ los órganos susceptibles de ser objeto de adscripción, o lo que es lo mismo, cuáles son los órganos más idóneos para que los ocupen transitoriamente estos Jueces en funciones de sustitución o refuerzo.(Art. 129 bis del RCJ).

- **Preferencia de los Jueces adjuntos sobre los Magistrados suplentes y Jueces sustitutos.**

Por lo que se refiere a la preferencia de los jueces adjuntos sobre los magistrados suplentes y jueces sustitutos (recogida en el art. 308.2 último inciso de la LOPJ, y en

129 bis 1 del RCJ), la misma es congruente con lo que hemos referido anteriormente y con la propia potestad organizativa del Consejo General del Poder Judicial para llevar a cabo sus tareas de gobierno en cuanto a los Jueces y Magistrados de Carrera.

- **Criterios para la selección de las plazas a ocupar por los Jueces adjuntos.**

De la regulación reglamentaria que se ocupa de los Jueces en expectativa de destino en el Título V del RCJ, (art. 129 bis y siguientes), y que hemos de entender referido a los Jueces adjuntos, podemos concretar tres criterios (formal, funcional y sustantivo) a la hora de seleccionar las plazas que se han de ofrecer a los jueces adjuntos. Estos criterios son los siguientes;

- De carácter formal. Con respecto a este criterio las plazas que se han de ofrecer a los jueces adjuntos, han de referirse a concretos órganos jurisdiccionales, según las necesidades de los respectivos Tribunales Superiores, es decir, según las necesidades del servicio apreciadas por el CGPJ, una vez oídas las respectivas Salas de Gobierno.

- De carácter funcional. Conforme al criterio funcional, ha de tenerse en cuenta que la selección de estos destinos será de aquellos que presumiblemente permitan una prestación de servicios lo más prolongada y continuada posibles, y en todo caso, de una duración mínima de seis meses. Asimismo han de seleccionarse órganos que precisen refuerzo, o a cuyos titulares haya sido conferida una comisión de servicios con relevación de funciones o que por cualquier otro motivo, deban ser sustituidos por períodos de larga duración.

- De carácter sustantivo. Por último y de conformidad con el criterio sustantivo, preferentemente, y en primer lugar, han de seleccionarse órganos unipersonales servidos por Jueces, es decir, Juzgados de Primera Instancia e Instrucción no situados en capitales de provincia o grandes poblaciones. En segundo lugar, esta misma clase de órganos pero de aquellos que han de ser servidos por Magistrados, es decir, los situados en capitales de provincia o en grandes poblaciones, bien que se trate de Juzgados con separación de jurisdicción o bien sean mixtos. En tercer lugar, y excepcionalmente, cuando no sea posible asignarlos en el ámbito de la provincia a la que se hallen adscritos, a órganos de los previstos en los dos supuestos anteriores, se seleccionarán órganos colegiados con competencia civil y penal, es decir Audiencias Provinciales y órganos unipersonales, de los que deben ser servidos por Magistrados de los restantes órdenes, es decir, Juzgados de lo Social y de lo Contencioso administrativo.

Todos estos criterios de desarrollo reglamentario han de ser aplicados e interpretados a la luz de la finalidad y espíritu legal de la norma que desarrollan y que no es otra que el art. 308 de la LOPJ, y es por ello por lo que decíamos en páginas anteriores que la previsión del art. 33.2 del RCJ, era difícilmente alcanzable, por cuanto que los Jueces adjuntos habrán de realizar las funciones previstas en el art.308 y en los artículos a que se remite el mismo, sin que se pueda asegurar nunca al juez adjunto que la función que vaya a realizar en base a los preceptos antes citados vaya a tener una duración mínima de seis meses.

4.3. SERVICIOS ESPECIALES.

4.3.1. Concepto y regulación.

Una vez tratada la situación de servicio activo, abordamos ahora la situación más cercana a la de servicio activo para los Jueces y Magistrados, y esta no es otra que la de Servicios especiales.

La situación de servicios especiales se regula en los artículos 351 a 355 de la LOPJ, y encuentran su desarrollo reglamentario en los artículos 201 a 204 del Reglamento de la Carrera Judicial.

En la situación de servicios especiales el Juez o Magistrado no ejerce la jurisdicción, sino que lo que hace es prestar otro servicio durante un determinado periodo de tiempo para el que está considerado especialmente cualificado, desarrollando dicho servicio con carácter transitorio y no definitivo, puesto que la tendencia natural será la del reingreso al servicio activo. Esto nos plantea la duda de qué sucede cuando se es nombrado Presidente del Tribunal Supremo (art. 351 a) primer inciso), en este caso, y al estar en situación de servicios especiales ¿no se ejerce tampoco jurisdicción?

Podríamos decir que el legislador en cierta forma promociona y favorece la situación de Servicios especiales para Jueces y Magistrados por cuanto que a los Jueces y Magistrados en situación de servicios especiales se les computa el tiempo que permanecen en tal situación a efectos de ascensos, antigüedad y derechos pasivos y asimismo tienen derecho a la reserva de la plaza que ocupan al pasar a esa situación o la que pudieren obtener durante su permanencia en la misma (art. 354 LOPJ).

El legislador en las sucesivas reformas de la LOPJ y en otras leyes orgánicas que en esta materia la complementaban, (en nuestra opinión contraviniendo la reserva de Ley Orgánica del Poder judicial prevista en el art. 122.1 de la Constitución)⁸⁷⁶, ha ido valorando las distintas funciones jurisdiccionales y no jurisdiccionales que generaban la declaración de los servicios especiales, y en definitiva ha considerado que la importancia de las funciones previstas en el art. 351 y 352 de la LOPJ por las que se puede declarar a un Juez o Magistrado en situación de servicios especiales son de entidad e importancia suficiente para que sean desarrolladas por los mismos, sin la ruptura con su Carrera y los órganos de gobierno de la misma, y asimismo al no considerar tampoco el legislador que la independencia e imparcialidad del Juez o Magistrado se va a ver afectada por el desarrollo de estas actividades, es por lo que ha ido ampliando los supuestos de servicios especiales dándole un tratamiento muy favorable, de tal manera que se puede considerar asimilada esta situación a la de servicio activo.

Pero asimismo podríamos mantener que en esta materia el legislador ha sido contradictorio, puesto que en la reforma de la LOPJ operada por la Ley Orgánica 5/1997

⁸⁷⁶ Y me estoy refiriendo en este punto concreto a la Ley Orgánica de Protección de Datos de 13 de diciembre de 1999, que en su artículo 36.4 prevé un nuevo supuesto de servicios especiales para el caso de que un Juez o Magistrado fuera nombrado Director de la Agencia de Protección de Datos, siendo en mi opinión contrario a la reserva de contenido material del artículo 122.1 de la Constitución que esta previsión la pudiese hacer una Ley orgánica distinta de la LOPJ. Actualmente este supuesto de servicios especiales ya es considerado donde hubo de haberlo sido, en el art. 351 de la LOPJ, en la redacción dada al mismo por la LO 19/2003.

de 4 de diciembre, determinaba que cargos como el de miembro de los Gobiernos Nacional y Autonómicos, miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o corporaciones locales, cuando sean desempeñados por Jueces y Magistrados no darán lugar a servicios especiales sino a la excedencia voluntaria (Art. 356. f) LOPJ), con esta previsión, y la contenida en el art. 360 de la LOPJ respecto del posterior periodo de excedencia “forzosa”⁸⁷⁷, parece ser que el legislador buscaba distanciar y diferenciar el quehacer público no judicial y el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

4.3.2. Tramitación y supuestos de servicios especiales.

Por lo que se refiere a la tramitación del procedimiento para estos servicios especiales, el mismo no presenta grandes complejidades ni en la legislación orgánica ni en la legislación reglamentaria. La situación de servicios especiales se declarará de oficio por el Consejo General del Poder Judicial, o a instancia del interesado, una vez se haya verificado el supuesto que la determine, y producirá efectos desde el momento en que se produzca el nombramiento correspondiente (art. 353 LOPJ). A la finalización de los servicios especiales se deberá solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo máximo de diez días a contar desde el siguiente al cese e incorporarse a su destino dentro de los veinte días inmediatamente siguientes; de no hacerlo así, serán declarados en situación de excedencia voluntaria con efectos desde el día en que cesaron en el puesto o cargo desempeñados (art. 355 LOPJ).

En definitiva se trata de que el supuesto sea uno de los previstos para los servicios especiales y por lo tanto susceptibles de autorización para dichos servicios, y para volver al servicio activo será precisa la solicitud de reingreso en los plazos previstos.

En cuanto a los supuestos de servicios especiales los mismos se prevén en los arts. 351 y 352 de la LOPJ.

El artículo 351. a) señala que serán declarados en la situación de servicios especiales cuando sean nombrados Presidente del Tribunal Supremo, Fiscal General del Estado, Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo o sus Adjuntos, Consejero del Tribunal de Cuentas, Consejero de Estado, Presidente o Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia, Director de la Agencia de Protección de Datos o miembro de Altos Tribunales Internacionales de Justicia, o titulares o miembros de los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas.

Como podemos observar este primer apartado no plantea problemas algunos, salvo la duda antes reseñada, de si al ser nombrado Presidente del Tribunal Supremo se ejercen funciones jurisdiccionales, aparte de esta cuestión podemos destacar que ya incorpora, en el lugar que siempre le correspondió, la previsión del art. 36.4 de la LO de Protección de Datos de 1999, que como señalábamos en otro lugar observaba la

⁸⁷⁷ El artículo 360 de la LOPJ, señala que “Una vez reincorporado al servicio activo el Juez o Magistrado en situación de excedencia voluntaria por la causa prevista en el párrafo f) del artículo 356, no podrá acceder, durante los cinco años siguientes a puesto de la Carrera Judicial que no sea de los que se proveen por estricta antigüedad”.

situación de servicios especiales para Jueces y Magistrados cuando fueren nombrados Directores de la Agencia de protección de Datos.

Más dificultades parece plantear el apartado b) del art. 351, que refiere la situación de servicios especiales para Jueces y Magistrados “Cuando sean autorizados por el Consejo General del Poder Judicial para realizar una misión internacional, por periodo determinado, superior a seis meses, en organismos internacionales, gobiernos o entidades públicas extranjeras o en programas de cooperación internacional, previa declaración de interés por el Ministerio de Asuntos Exteriores”. Este apartado si ha merecido la intervención del Consejo General del Poder Judicial, el cual en la resolución de 24 de marzo de 1999 del Pleno del Consejo, señala que no se trata de un derecho automático de Jueces y Magistrados el paso a esta situación, sino que la dicción del precepto “cuando sean autorizados por el CGPJ...”, se presupone que será preceptivo el estudio y valoración del proyecto o misión internacional, su relevancia jurídica y en qué medida afecta a la prestación del servicio para autorizar o no el servicio especial.

Por otro lado en lo que no podemos mostrar nuestro acuerdo es que la declaración de interés, que ha de ser previa, la realice el Ministerio de Asuntos Exteriores, puesto que a pesar de que la política exterior del Estado es competencia exclusiva del mismo (art. 97 y 149.1.3º de la CE), dicho informe del Ministerio de Exteriores introduce un elemento extraño en una situación estatutaria de un miembro del Poder Judicial, no del ejecutivo, lo que puede dar lugar a múltiples problemáticas.

Si la misión o proyecto internacional no durase más de seis meses, no sería susceptible de servicios especiales y en este caso se trataría de un supuesto que deberíamos subsumir en una Comisión de Servicios prevista en el art. 350.1 c) de la LOPJ.

Continúa el art. 351 en su apartado c) señalando que procederá la declaración de servicios especiales para los Jueces y Magistrados cuando los mismos adquieran la condición de funcionarios al servicio de Organizaciones Internacionales o de carácter supranacional, y por último también según el apartado d) cuando sean nombrados Letrados al servicio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Constitucional, del Consejo General del Poder Judicial o del Tribunal Supremo, o Magistrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, o sean adscritos al servicio del Defensor del Pueblo u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas⁸⁷⁸.

Y por último el apartado e) del referido precepto señala que los Jueces y Magistrados serán declarados en servicio especiales cuando presten servicio en virtud de nombramiento por Real Decreto, o por decreto en Las Comunidades Autónomas, en cargo que no tenga rango superior a Director General⁸⁷⁹.

⁸⁷⁸ Hemos de entender que la incorporación al apartado d) del artículo 351 de la LOPJ del supuesto de Letrados al servicio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así como el de Magistrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, supone una mejora técnica hecha realidad por la reforma de la LO 19/2003 de 23 de diciembre, por cuanto que antes a dicha reforma estos supuestos se encuadraban en la situación de servicio activo. Cfr. DT 17ª LO 19/2003 de 23 de diciembre.

⁸⁷⁹ En cuanto a este último inciso, que no tengan rango superior a Director General, hemos de decir que lo hemos de entender a la luz de lo que referíamos en otro lugar de este trabajo por cuanto que significa una

En definitiva en servicios Especiales podrán ser declarados los Jueces y Magistrados cuando sean nombrados cargos temporales en los altos órganos del Estado u Organizaciones Internacionales, cuando sean autorizados por el CGPJ para realizar una misión internacional por periodo determinado, superior a seis meses en organismos internacionales, gobiernos o entidades públicas extranjeras o en programas de cooperación internacional, previa declaración de interés por el Ministerio de Asuntos exteriores, cuando adquieran la condición de funcionarios al servicio de Organizaciones Internacionales o de carácter supranacional, cuando sean nombrados letrados al servicio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Constitucional, del Consejo General del Poder Judicial o del Tribunal Supremo, o Magistrados del Gabinete técnico del Tribunal Supremo, o sean adscritos al servicio del Defensor del Pueblo u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, y cuando presten servicio en virtud de nombramiento por Real Decreto, o por decreto en las Comunidades Autónomas, en cargos que no tengan rango superior a Director general. (Art. 351 LOPJ).

Por último los Magistrados del Tribunal Supremo serán declarados en situación de servicios especiales si fueran designados para desempeñar alguno de los cargos siguientes; a) Vocal del Consejo General del Poder Judicial. B) Magistrado del Tribunal Constitucional. C) Miembro de Altos Tribunales Internacionales de Justicia d) Fiscal General del Estado y E) Jefe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial⁸⁸⁰. (Art. 352 LOPJ).

4.4. SUSPENSIÓN DE FUNCIONES.

4.4.1. Concepto y Clases.

La LOPJ regula detalladamente la suspensión provisional y definitiva, así como el reingreso al servicio activo desde esta situación (art. 361 a 368 y 383 y 384 LOPJ). La suspensión supone la privación temporal del ejercicio de las funciones jurisdiccionales (art. 361.1 de la LOPJ), se mantiene la relación estatutaria, pero durante el periodo de duración de esta situación, el Juez o Magistrado se encuentra privado de todos los derechos inherentes a su condición, hasta que en su caso sea reintegrado al servicio activo.

Se trata en definitiva la suspensión de una situación estatutaria en la que el Juez o Magistrado queda privado temporalmente del derecho-deber al ejercicio de la función jurisdiccional, y de algunos otros derechos.

La suspensión puede ser provisional, como medida cautelar dentro de un proceso penal o de un expediente disciplinario⁸⁸¹ o de jubilación por incapacidad; o definitiva, como pena, principal o accesoria, o como sanción disciplinaria.

cierta relajación en el criterio de mantener una restricción y una distancia entre los puestos políticos y de confianza de la función jurisdiccional.

⁸⁸⁰ El apartado e) del art. 352 de la LOPJ fue introducido por LO 2/2004 de 28 de diciembre.

⁸⁸¹ Conforme a lo previsto en el artículo 424.1 de la LOPJ, la Comisión Disciplinaria del CGPJ, por propia iniciativa, una vez oído el Instructor Delegado, o a propuesta de éste, y en todo caso previa audiencia del Juez o Magistrado sujeto a expediente disciplinario, así como del Ministerio Fiscal, puede acordar con carácter cautelar la suspensión del expedientado por un período máximo de seis meses,

Por otro lado la suspensión de funciones además de constituir una situación administrativa también afecta a la inamovilidad, por lo que el tratamiento que de la misma hace la LOPJ abarca las dos perspectivas.

- **Suspensión provisional.**

La suspensión de funciones puede ser provisional o definitiva. Por lo que se refiere a la suspensión provisional podrá acordarse durante la tramitación de un procedimiento disciplinario o judicial, y por lo tanto tiene la finalidad accesoria e instrumental propia de esta clase de medidas. En el supuesto de que se adoptase en expediente disciplinario, no podrá durar la suspensión más de seis meses, salvo en el supuesto de que la paralización del procedimiento disciplinario se deba a una causa imputable al interesado. (Art. 362.2 de la LOPJ).

Y por otro lado aunque no lo disponga así la LOPJ, hemos de entender, que la suspensión provisional acordada durante la tramitación de un procedimiento judicial, durará todo el periodo al que se extienda la medida cautelar.

Durante la suspensión provisional, el suspenso percibirá todas sus retribuciones básicas, salvo que el procedimiento disciplinario se haya paralizado por algún motivo imputable al suspenso, lo que conllevaría la pérdida de toda retribución, mientras se mantenga la paralización, lo que sucederá también en caso de incomparecencia o rebeldía (art. 363.1 LOPJ).

Por último si la suspensión no termina con la separación o con la declaración de suspensión definitiva, el tiempo de la misma habrá de ser computado como de servicio activo, acordándose de inmediato la incorporación del sujeto suspenso a su plaza, con pleno reconocimiento de todos los derechos económicos y demás que procedan desde la fecha en que la suspensión produjo efectos. (Art. 364 de la LOPJ).

- **Suspensión definitiva.**

Por lo que se refiere a la suspensión definitiva, la misma procederá en virtud de condena (en este caso siempre que la condena penal no implique la pérdida de la condición de juez – el art. 383.4 lo denomina impropiaamente como separación-) o como sanción disciplinaria, computándose el tiempo de suspensión provisional (art. 365

siempre que concurra un requisito previo: la existencia de indicios racionales de la comisión de una falta muy grave.

En estos supuestos apuntados debe, pues, realizarse una valoración apriorística de las concretas circunstancias en cada caso concurrentes, sin que ello suponga pronunciarse acerca de la calificación jurídica definitiva del ilícito que se imputa al propio expedientado y de la sanción que, en su caso, pueda llevar aparejada la conducta que, en tal caso, haya podido observar dicho expedientado. Además, y como ha declarado el Tribunal Constitucional y ha reconocido de forma reiterada el Tribunal Supremo, ente otras y como más reciente, en la sentencia de la Sala Tercera, Sección 7ª, de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2004/284), la citada suspensión cautelar no implica vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia. No obstante no se ha de olvidar que como se señala en esta última resolución, la justificación de la referida medida cautelar ha de estar orientada a evitar el mantenimiento de los efectos de las infracciones de carácter muy grave y a preservar las exigencias de los intereses generales, en beneficio de razones tales como la necesaria e ineludible imparcialidad de los titulares de órganos jurisdiccionales y el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

LOPJ). Y al contrario de lo que sucedía con la suspensión provisional, en este caso, supone la privación de todos los derechos inherentes a la condición de Juez o Magistrado, hasta, en su caso, el reingreso al servicio activo.

Asimismo si la suspensión definitiva superara los seis meses, implicaría la pérdida de destino, debiendo cubrirse la vacante producida de forma ordinaria. Y no procede cambio alguno de situación administrativa en tanto no transcurra el plazo de suspensión (art. 365 LOPJ).

- **Reingreso en el servicio activo de los suspensos.**

En cuanto al reingreso en servicio activo de los suspensos, es preciso solicitar el reingreso al mismo con un mes de antelación a la finalización del periodo de suspensión, produciendo efectos económicos y administrativos este reingreso desde la fecha de la extinción de la responsabilidad penal o disciplinaria. Si no se solicitase el reingreso en el plazo referido, se declarará al Juez o Magistrado suspenso en situación de excedencia voluntaria por interés particular, con efectos desde la fecha en que finalizó el periodo de suspensión (art. 366 de la LOPJ). Asimismo para este reingreso en el servicio activo se precisa una previa declaración de aptitud por el Consejo General del Poder Judicial⁸⁸², tras la cual vendrá el Juez o Magistrado obligado a participar en todos los concursos que se anuncien para cubrir plazas de su categoría hasta obtener destino. De no hacerlo así se le declarará en situación de excedencia voluntaria por interés particular, quedando sin efecto la declaración de aptitud (art. 367 de la LOPJ).

Y por último hemos de señalar que en este reingreso en el servicio activo, los suspensos gozan de preferencia ante los rehabilitados y excedentes voluntarios en la adjudicación de vacantes (art. 368 de la LOPJ.)⁸⁸³

4.4.2. Casos de suspensión.

Hemos visto en qué consiste la suspensión y que cabe la suspensión provisional y la suspensión definitiva, por lo tanto es el momento ahora de indicar en que supuestos o casos cabe dicha situación. En este sentido el art. 361.1 de la LOPJ nos dice que la suspensión de funciones, provisional o definitiva, será declarada “en los casos y en la forma establecida en esta Ley”, y para concretar estos casos y supuestos hemos de estar lo dispuesto en el art. 383 y 384 de la LOPJ.

Ya decíamos más arriba que la suspensión además de ser una situación administrativa, también es un supuesto que afecta directamente a la inamovilidad, y por ello los artículos 383 y 384 de la LOPJ que se ocupan de estos supuestos se encuadran

⁸⁸² El cual, conforme al art. 367.1 de la LOPJ, recabará los informes y practicará las actuaciones necesarias para su comprobación.

⁸⁸³ El art. 368 LOPJ dispone que “La concurrencia de peticiones para la adjudicación de vacantes entre quienes deban reingresar al servicio activo, se regirá por el siguiente orden:

- a) Suspensos.
- b) Rehabilitados.
- c) Excedentes voluntarios”.

el capítulo I (“De la inamovilidad de los Jueces y Magistrados.”), del Título II (“De la independencia judicial”), del Libro IV.

La inamovilidad no se trata de un derecho absoluto e ilimitado a la ocupación de un cargo determinado hasta la jubilación, como muy bien señala nuestro Tribunal Supremo,⁸⁸⁴ sino que su contenido esencial se encuentra expresado en artículo 117.2 CE y conforme a este precepto, y al art. 15 de la LOPJ (que reitera lo dicho en el primero, “los jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en esta ley”), la remoción o suspensión del cargo sólo puede tener lugar por causa legal.

Las causas legales de suspensión de Jueces y Magistrados se recogen el artículo 383 de la LOPJ y son las siguientes;

- 1º Cuando se hubiere declarado haber lugar a proceder contra ellos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.
- 2º Cuando por cualquier otro delito doloso se hubiere dictado contra ellos auto de prisión, de libertad bajo fianza o de procesamiento.
- 3º Cuando se decretare en expediente disciplinario o de incapacidad, ya con carácter provisional, ya definitivo.
- 4º Por Sentencia firme condenatoria en que se imponga como pena principal o accesoria la de suspensión, cuando no procediere la separación.

Por lo que se refiere a las cuestiones procedimentales de la suspensión de funciones, en los supuestos 1º y 2º antes referidos, el Juez o Tribunal que conociera de la causa lo habrá de comunicar al Consejo General del Poder Judicial, el cual hará efectiva la suspensión, previa audiencia del Ministerio Fiscal (art. 384 LOPJ), extendiéndose la suspensión en estos supuestos hasta que recaiga en la causa sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento. En los demás casos, se extenderá por todo el tiempo a que se extienda la pena, sanción o medida cautelar.

En el caso de que la suspensión devenga de sentencia firme condenatoria en que se imponga como pena principal o accesoria, el Tribunal habrá de remitir testimonio de la sentencia al Consejo General del Poder Judicial⁸⁸⁵.

Sorprende aquí que en esta temática mantengamos la regulación original de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que la misma no haya sucumbido a las múltiples reformas sufridas por dicha legislación. Es más los artículos 383 y 384 de la LOPJ no fueron afectados por la modificaciones que introdujo la LO 5/1995 de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, que derogó lo relativo al “antejuicio necesario para exigir la responsabilidad criminal a los Jueces y Magistrados”⁸⁸⁶, y el correspondiente título

⁸⁸⁴ Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2003 (recurso núm. 549/2001), FD 4º.

⁸⁸⁵ El art. 383.4º LOPJ refiere el supuesto de suspensión de los jueces y magistrados “Por sentencia firme condenatoria en que se imponga como pena principal o accesoria la de suspensión, cuando no procediere la separación”, y el art. 384.2 LOPJ, para este supuesto que acabamos de ver señala que el tribunal remitirá testimonio de la sentencia al Consejo General del Poder Judicial”.

⁸⁸⁶ Que se regulaba en el art. 410 de la originaria Ley Orgánica del Poder Judicial.

regulador del procedimiento especial de igual nombre de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos 757 a 778, todo lo cual nos ha de llevar a preguntarnos por la naturaleza jurídica de la suspensión, y cuando puede o debe adoptarse la misma.

4.4.3. Naturaleza jurídica.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la suspensión, hemos de decir que actualmente, y tras la reforma referida, operada en la LOPJ por la LO 5/1995 de 22 de mayo del Tribunal del Jurado, que suprimió el “antejuicio necesario”, ya no tiene naturaleza cautelar en un sentido estricto, puesto que no tiene el carácter instrumental y accesorio respecto del procedimiento en que se adopta y se convierte así en una consecuencia extraprocesal con proyección en el ámbito estatutario, pero dirigida claramente a fines distintos de los cautelares.

Tras la reforma a que dio lugar la Ley del Jurado, se suprimió lo que hasta entonces se consideró garantía de la función jurisdiccional y de la independencia, el antejuicio⁸⁸⁷, pero la redacción de la Ley Orgánica siguió siendo la misma en lo relativo a la regulación de la suspensión de funciones por causa criminal – no así en lo que respecta al requisito de procedibilidad que suponía el artículo 410 derogado-, pero a nuestro juicio, la naturaleza jurídica de la suspensión provisional de funciones derivada de causa criminal contra Jueces y Magistrados por delitos cometidos en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales si sufrió una importante modulación; entre las medidas cautelares penales, en el seno de un procedimiento de esta índole ya no existe la suspensión de funciones, con el carácter de medida jurisdiccional, sino que, en su caso, es el Consejo General del Poder Judicial quien la acuerda, en el ejercicio de sus funciones de supremacía especial y en garantía del normal funcionamiento de los Órganos jurisdiccionales, como concreción al ámbito de la función judicial del interés general contemplado en el artículo 103 de la Constitución, con motivo, eso sí, de causa dirigida contra Jueces y Magistrados.

⁸⁸⁷ El denominado antejuicio necesario se conformaba en una condición de procedibilidad para incoar causa penal a Juez o Magistrado, cuando la acción penal era deducida por un particular o se trataba del ejercicio de la acción popular, y venía regulado de una forma muy coherente en el art. 410 de la LOPJ, 757 a 778 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 383.1 y 384.1 y 3 de la LOPJ.

En este antejuicio se realizaba una mínima actividad de comprobación de los hechos objeto de la querrela, en la forma y modo que expresamente señalaba la ley, si se admitía la querrela, se mandaba proceder a la instrucción del sumario, en la terminología de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y “se ordenaba proceder contra los Jueces o Magistrados, con la obligada consecuencia de que el propio Tribunal, y en el seno del procedimiento, ordenaba la suspensión. Por tanto, tenía una naturaleza indiscutiblemente cautelar, corolario de los preceptos adjetivos penales, y en consecuencia, preveía que el Consejo General del Poder Judicial, de forma obligatoria y no potestativa, haría efectiva la suspensión, ya acordada en vía penal (“hará efectiva la suspensión, previa audiencia del Ministerio Fiscal” dice el art. 384.1 de la Ley Orgánica.

El Consejo General del Poder Judicial, como órgano de Gobierno de los Jueces y garante de su independencia, de la que la inamovilidad es instrumento principal, se conformó, sin embargo como el único órgano competente para poner en práctica una medida (no acordada por él) que necesariamente incide sobre la inamovilidad y que, además, constituye una situación administrativa de quienes guardan, respecto a él, una relación de sujeción especial.

Referir por último que este sistema del antejuicio, con algunas matizaciones, ya fue previsto por La Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial promulgada por Decreto de 15 de septiembre de 1870, que recordemos es coetánea a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882.

Las medidas cautelares, que se adoptan para garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia, tienen como sabemos los presupuestos de “*fumus bonis iuris*”, y el “*periculum in mora*”, y sus características que las podemos resumir en las notas de jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y homogeneidad, no son predicables actualmente en su integridad de la suspensión de funciones.

Es por todo lo referido y habida cuenta que el art. 383 y 384 de la LOPJ, se mantienen en su redacción originaria, que respondía a una composición legal distinta (en la que existía el antejuicio), se han ido dando diversos problemas de interpretación y aplicación de la norma a los que ha tenido que ir dando respuesta el Consejo General del Poder Judicial.

En este sentido podemos ver como el artículo 384 cuando se refiere a los dos primeros supuestos previstos en el artículo anterior (referidos a cuando se sigue una causa criminal contra un Juez o Magistrado, en el primero, y por delito cualquier otro delito doloso, el segundo), el precepto no los denomina medida cautelar, pero esta denominación sí aparece para los dos últimos supuestos del art. 383 (cuando se decreta expediente disciplinario o de incapacidad, y en sentencia firme condenatoria en que se imponga como pena principal), y así el art. 384.3 de la LOPJ señala “la suspensión durará en los casos de los apartados 1 y 2 del artículo anterior, hasta que recaiga en la causa sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento. En los demás casos, por todo el tiempo a que se extiende la pena, sanción o medida cautelar”.

Y asimismo también podemos mencionar el art. 361.1 de la LOPJ, que recoge la suspensión y distingue entre definitiva y provisional, sin referir nada sobre el carácter cautelar, lo que nos permite entender que la suspensión provisional, es un concepto más amplio que engloba no sólo la cautelar sino aquella otra que, con los mismos efectos estatutarios, esto es, la privación temporal del ejercicio de sus funciones, se produce en supuestos diferentes y responde, también, a fines distintos.

4.4.4. Relevancia de la imputación en la suspensión.

En las labores de interpretación del art. 383 de la LOPJ se revela como fundamental el concepto de imputado por lo que se justifica que en este epígrafe nos detengamos en este aspecto.

El 383.2º de la LOPJ no plantea ningún problema al ser nítidamente claro “Cuando por cualquier delito doloso se hubiere dictado contra ellos auto de prisión, de libertad bajo fianza o de procesamiento”, en este precepto, como vemos son tres los supuestos para acordar la suspensión de funciones del Juez o Magistrado, y estos supuestos son aquellos en los que el Juez cometa hipotéticamente una infracción criminal como un mero ciudadano, auto de prisión, libertad bajo fianza, y auto de procesamiento, teniendo ese precepto mucho menor rigor que el 383.1º, en este último para acordar la suspensión de funciones del Juez o Magistrado no se precisa que se haya dictado contra el mismo Auto de prisión, de libertad bajo fianza o de procesamiento, sino que procede en situaciones procesales anteriores, siempre, claro está, que se haya producido la imputación de este como hemos referido más arriba.

Sin duda, no hay conducta más reprochable a un Juez que la comisión de un hecho criminal relacionado con la función judicial que tienen encomendada, y a mayor

reprochabilidad de la conducta, menores exigencias procesales para posibilitar la suspensión provisional. Este análisis de la interpretación de los puntos 1º y 2º del artículo 383 de la LOPJ, es corroborado por el inciso primero del artículo 384.3º, que prevé que la suspensión durará en el caso de los apartados a los que nos referimos, hasta que recaiga en la causa sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento. Por lo tanto la suspensión provisional se puede producir desde el inicio mismo de la causa, toda vez que para dictarse auto de sobreseimiento no es necesario haber transitado previamente por fases procesales tales como la del procesamiento o la de apertura de juicio oral, si se trata de procedimiento abreviado.

Centrándonos ahora en el apartado 1º del art. 383, este si plantea más problemática que el apartado 2º de dicho precepto. En el primero se refiere la posibilidad de la suspensión “Cuando se hubiere declarado haber lugar a proceder contra ellos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones”, y esta expresión de “hubiere declarado haber lugar a proceder contra ellos” puede dar lugar a diversas problemáticas, que se podrían resolver con el concepto de imputado.

Podemos definir la imputación como la atribución a una persona determinada de la participación en unos concretos hechos que presentan los caracteres de delito o falta. La imputación puede provenir de distintas actuaciones procesales, como por ejemplo la detención, la adopción de otras medidas cautelares, la admisión de la denuncia o querella⁸⁸⁸, o el auto de procesamiento.

Como señala GIMENO SENDRA⁸⁸⁹, “la condición de imputado en un proceso se adquiere desde el momento en que la autoridad judicial comunica a una persona que se están siguiendo actuaciones por la comisión de determinados hechos delictivos y se le atribuye una participación en los mismos”.

Así pues, podríamos acordar que cualquiera que sea el origen de la acción penal, y el procedimiento en el que se deduzca, la expresión “haber lugar a proceder” es sinónimo de imputación. Ahora bien, la cuestión que cabe que nos planteemos es si toda imputación contra un Juez de un hecho criminal, hipotéticamente cometido en el ejercicio de las funciones de su cargo, ha de concluir inexorablemente a la suspensión. Y esta cuestión ha de encontrar la respuesta en el análisis de los fines de la suspensión.

Y respecto de los fines de la institución, es esencial la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1984, que es seguida por la doctrina del Tribunal Supremo en Sentencia de su Sala Tercera 6 de febrero de 2001(RJ 2001\4419) que señala “que la suspensión durante la causa penal seguida contra un Juez, por delito cometido en el ejercicio de sus funciones, aparece como adecuada para preservar los derechos de los justiciables y el prestigio general de la Administración de Justicia, que quedará a salvo apartando provisionalmente del ejercicio de su función jurisdiccional al Juez que con su conducta, procesalmente comprobada ha dado lugar a la existencia de,

⁸⁸⁸ En caso de la denuncia o la querella, se requiere la admisión de la misma, como acto de iniciación del procedimiento, para que la imputación cumpla la función de conferir el estatus de imputado.

⁸⁸⁹ GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTES DOMINGUEZ, V.; *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2001, Ed. Colex, pág. 129.

al menos, indicios suficientes para que le fuera imputado un delito relacionado con su función”⁸⁹⁰.

Habrà de ser el CGPJ, puesto que es el competente para ello, el que valore si se adecua a los fines de la medida, el caso concreto, encontrando el origen o estimulo para esta valoración, su inicio, en la imputación de un hecho criminal relativo al ejercicio de las funciones judiciales. Todo esto por sí solo no es suficiente para que pueda acordarse la suspensión, sino que será necesario también determinar si la medida es necesaria y proporcionada al cumplimiento del fin de la misma, y todo ello atendiendo a las características del caso concreto que derivarán necesariamente del contenido de la resolución judicial.

Por último y en lo que respecta a la práctica del Consejo General del Poder Judicial en la suspensión de Jueces y Magistrados y en los supuestos del art. 383.1º de la LOPJ, cuando se ha declarado haber lugar a proceder contra ellos –los Jueces y Magistrados- por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones- el Consejo General del Poder Judicial ha seguido la siguiente práctica a la hora de resolver las situaciones de suspensión provisional de los Jueces; se acordaba la suspensión si tratándose de un procedimiento de sumario ordinario, se habría dictado auto de procesamiento contra el Juez, y si se trataba de procedimiento abreviado, si se había ordenado la apertura del juicio oral.

Como vemos se trata de una práctica distinta a la que se daría de seguir la doctrina jurisprudencial sobre esta materia a la que antes nos hemos referido.

No obstante lo dicho la práctica del Consejo General del Poder Judicial como en otros muchos asuntos ha sido muy cambiante, y así para el caso de procedimiento sumario ordinario, en algunos casos ha requerido auto de procesamiento para proceder a la suspensión⁸⁹¹, y en otros casos anteriores para acordar la suspensión le valió la sola admisión a trámite de la querrela formulada por el Ministerio Fiscal y la incoación de sumario ordinario⁸⁹². Lo mismo podríamos decir de la práctica del Consejo en el caso del Procedimiento Abreviado, puesto que aunque casi siempre ha esperado al auto de apertura del juicio oral para acordar la suspensión⁸⁹³, sin considerar la forma de iniciación del procedimiento, en otros supuestos⁸⁹⁴ acordó, sin embargo la suspensión provisional con la sola admisión a trámite de la querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal.

4.5. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA.

⁸⁹⁰ Vid. también sobre la Suspensión la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de junio de 1992, RJ 1992\4542, (en la que se estudia la separación, traslado y suspensión), y la Sentencia de 29 de junio de 1992, RJ 1992\4551 (en la que se ocupa de la suspensión seguida de la separación de servicio).

⁸⁹¹ Acuerdo del Pleno de 19 de junio de 1998.

⁸⁹² Acuerdo Plenario del CGPJ de 10 de diciembre de 1997.

⁸⁹³ Acuerdos Plenarios de 29 de octubre de 1997, 18 de junio de 1997, 9 de marzo de 1994, 7 de marzo de 2001, 19 de mayo de 1999.

⁸⁹⁴ Acuerdo de 10 de febrero de 1993, y Acuerdo de 24 de octubre de 2001.

En la excedencia voluntaria, en la que como es natural no se ejercen funciones jurisdiccionales, no se produce reserva de plaza, y mientras el Juez o Magistrado se encuentre en ella, no devengará retribuciones ni le será computado el tiempo que haya permanecido en tal situación a efectos de ascensos, antigüedad y derechos pasivos,⁸⁹⁵ con excepción de la excedencia voluntaria por cuidado de hijos y para atender a un familiar, art. 358.1 LOPJ.

Salvo la excedencia para el cuidado de hijos y para atender a un familiar (párrafos d y e del artículo 356 de la LOPJ)⁸⁹⁶, el resto de excedencias tiene un tratamiento muy desfavorable, siendo la desvinculación con la Carrera judicial total y conservando tan sólo el derecho de reingreso. Como señalábamos anteriormente se trata de un régimen muy gravoso y exigente para con Jueces y Magistrados en relación a otros funcionarios públicos (arts. 358 a 360 LOPJ y arts. 205 a 209 y 216 a 223 del RCJ).

Asimismo y para los supuestos antes mencionados del apartado d) y e) del art. 356 de la LOPJ, estos son los únicos casos en los que si lo solicita un Magistrados del Tribunal Supremo y si se le es concedida, puede encuadrarse en la situación administrativa de Magistrado del Tribunal Supremo en excedencia voluntaria, para los demás casos, quedará integrado en situación de excedencia voluntaria, dentro de la categoría de Magistrado (art. 357 LOPJ).

4.5.1. Excedencia voluntaria por colisión de dos cargos públicos.

En esta tipología de excedencia podemos encuadrar la prevista en el apartado a y b del art. 356 de la LOPJ, “a) Cuando se encuentre en situación de servicio activo en un cuerpo o escala de las Administraciones públicas o en la Carrera Fiscal. b) Cuando pase a desempeñar cargos o prestar servicios en organismos o entidades del sector público, y no le corresponda quedar en otra situación.”. Esta excedencia que se declarará a petición del interesado, durará en tanto se mantiene la relación de servicio en la función pública que la originó.

Por lo que se refiere al reingreso, existe una previsión específica para el apartado b del art. 356 de la LOPJ, que señala que “en este supuesto, producido el cese en el cargo o servicio, deberá solicitar el reingreso en el servicio activo en el plazo máximo de diez

⁸⁹⁵ Con respecto a los derechos pasivos, sería muy discutible el que no pudiera ser computado el tiempo de excedencia a estos efectos, siempre con la necesaria cotización.

⁸⁹⁶ El artículo 356 de la LOPJ dispone que “Procederá declarar en la situación de excedencia voluntaria, a petición del juez o magistrado, en los siguientes casos:

.... d) Para el cuidado de los hijos, por un período no superior a tres años para atender a cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, por adopción, por acogimiento permanente o preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o desde la fecha de la resolución judicial o administrativa que lo acuerde, respectivamente. Los sucesivos hijos darán derecho a un nuevo período de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que viniera disfrutando. Cuando el padre y la madre trabajen, sólo uno podrá ejercer este derecho.

e) También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a tres años, para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida...”

días a contar desde el siguiente al cese. De no hacerlo así se le declarará en situación de excedencia voluntaria por interés particular”.

Para el primer supuesto del artículo 356 (servicio activo en un cuerpo o escala de las Administraciones Públicas o en la Carrera Fiscal) nada se refiere sobre el reingreso, pero habríamos de entender que la solicitud de reingreso al servicio activo es obligada cuando concluye el ejercicio de la función pública, puesto que de lo contrario será declarado en excedencia voluntaria por interés particular. Y asimismo vendrá obligados a participar en todos los concursos que se anuncien para cubrir plazas de su categoría hasta obtener destino. (Art. 359.2 de la LOPJ)⁸⁹⁷.

4.5.2. Excedencia voluntaria por interés particular.

Se trata de la previsión contenida en el apartado c) del artículo 356 de la LOPJ, y se precisa para la concesión de la misma que se hayan prestado servicios en la Carrera Judicial durante los cinco años inmediatamente anteriores, sin que en esta situación se pueda permanecer menos de dos años. Ahora bien no será preciso haber ejercido durante los 5 años anteriores en el supuesto de que el Juez o Magistrado que haya desempeñado cargo o prestado servicios en organismos o entidades del sector público (art. 356 b) LOPJ), y habiendo cesado en ese cargo o servicio, no haya solicitado el reingreso en el servicio activo en el plazo de 10 días a contar desde el siguiente al cese. En este caso se le declarará en situación de excedencia voluntaria por interés particular sin que haya ejercido durante los cinco años anteriores.

Por otro lado hemos de decir que no existe previsión de un máximo para este tipo de excedencia, asimismo la misma también quedará subordinada a las necesidades de la Administración de Justicia, y por último no podrá declararse cuando se instruya expediente disciplinario.

Por lo que se refiere al reingreso en el servicio activo, el mismo se llevará a cabo como hemos señalado anteriormente (art. 359.2 de la LOPJ), salvo que el periodo de excedencia voluntaria por interés particular haya sido superior a los 10 años, en estos casos se exigirá además la previa declaración de aptitud por el Consejo General del Poder Judicial, el cual recabará los informes y practicará las actuaciones necesarias para su comprobación (art. 359.1 LOPJ). Esta declaración de aptitud, en la regulación anterior, antiguo art. 367 LOPJ⁸⁹⁸, se exigía para todos los excedentes voluntarios y suspensos, sin distinción alguna de tipos o duración en la situación, sin que no podemos entender actualmente a que se debe esta restricción en esta exigencia, de tal manera que la declaración de aptitud ahora sólo se le puede pedir a los excedentes voluntarios por interés particular.

⁸⁹⁷ El art. 359.2 de la LOPJ dispone que “Los jueces y magistrados en situación administrativa de excedencia voluntaria que soliciten el reingreso al servicio activo y, en su caso, obtengan la correspondiente declaración de aptitud, vendrán obligados a participar en todos los concursos que se anuncien para cubrir plazas de su categoría hasta obtener destino. De no hacerlo así, se les declarará en situación de excedencia voluntaria por interés particular, quedando sin efecto la declaración de aptitud de haberse producido”.

⁸⁹⁸ El antiguo artículo 367 de la LOPJ, señalaba que “El reingreso de los excedentes voluntarios y suspensos exigirá declaración de aptitud por el Consejo General, que se ajustará a lo prevenido en esta Ley sobre condiciones que deben reunir para el ingreso en la Carrera Judicial.”

4.5.3. Excedencia voluntaria por motivos familiares.

El apartado d) del repetido art. 356 de la LOPJ prevé que para el cuidado de un hijo, ya lo sea ese por naturaleza, adopción, o acogimiento permanente o preadoptivo, y a contar desde la fecha de nacimiento o desde la fecha de la resolución judicial o administrativa que lo acuerde, respectivamente, se podrá declarar la situación de excedencia voluntaria, por un periodo no superior a tres años para atender a cada hijo. Los sucesivos hijos, darán lugar a un nuevo período de excedencia que, en su caso, podrá fin al que se viniera disfrutando.

Se trata este, de un derecho que sólo lo podrá ejercer el padre o la madre, en el caso de que ambos trabajen.

Por lo que se refiere a la excedencia para la atención a un familiar, dicho supuesto es el contenido en el apartado e) del art. 356 de la LOPJ⁸⁹⁹, y que dará derecho a una excedencia, no superior a un año, para atender a un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. El periodo de excedencia será único por cada sujeto causante, de tal manera que cuando un nuevo sujeto causante diera origen a una nueva excedencia, el inicio del periodo de la misma pondrá fin al que se viniera disfrutando.

Entiende la LOPJ que las excedencias referidas en los apartados d) y e) que tratamos, constituyen un derecho individual de los miembros de la Carrera Judicial, y prevé asimismo que en el supuesto de que dos miembros de la Carrera Judicial generasen el derecho a disfrutar de estas excedencias en base al mismo sujeto causante, en estos casos el CGPJ podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con las necesidades y el funcionamiento de los servicios.

Por otro lado esta modalidad de excedencias, a diferencia de las demás, se asimila al servicio activo, y no suponen una ruptura total con la carrera judicial y así conforme a la Ley el periodo de permanencia en dichas situaciones será computable a efectos de trienios y derechos pasivos (art. 358.2 LOPJ).

También durante los dos primeros años, se tendrá derecho a la reserva de la plaza en la que ejerciesen sus funciones y al cómputo de la antigüedad. Transcurrido este periodo, la reserva de la plaza lo será a un puesto en la misma provincia y de igual categoría, debiendo solicitar, en el mes anterior a la finalización del período máximo de permanencia en la misma, el reingreso en el servicio activo; de no hacerlo será declarado de oficio en la situación de excedencia voluntaria por interés particular.

4.5.4. Excedencia voluntaria para participar como candidatos en elecciones para acceder a cargos públicos representativos y para ocupar cargos políticos o de confianza no determinantes de servicios especiales. (Art. 356 f) y 351 de la LOPJ).

Se trata del último de los supuestos previsto en el art. 356 de la LOPJ, y en el que como vemos se produce también una desvinculación con la Carrera Judicial. Este precepto en su regulación actual señala que procederá declarar en la situación de

⁸⁹⁹ Dicho apartado e) fue modificado por la LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

excedencia voluntaria, a petición del Juez o Magistrado, “f) Cuando sea nombrado para cargo político o de confianza salvo los supuestos enunciados en el artículo 351, o cuando se presente como candidato en elecciones para acceder a cargos públicos representativos en el Parlamento Europeo, Congreso de los Diputados, Senado, Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o corporaciones locales. De no resultar elegido, deberá optar, comunicándolo así al Consejo General del Poder Judicial, en el plazo de treinta días, por continuar en la situación de excedencia voluntaria o por reingresar en el servicio activo”.

En la regulación anterior se señalaba que “Los miembros de la Carrera Judicial que deseen participar como candidatos en elecciones para acceder a cargos públicos representativos de ámbito europeo, general, autonómico o local, deberán solicitar la excedencia voluntaria, situación en la que quedarán en caso de ser elegidos. Si no fuesen elegidos, quedarán en situación de excedencia forzosa durante tres años, salvo que obtengan, mediante concurso plaza o destino en que no haya de ejercerse la potestad jurisdiccional. En dicha plaza o destino permanecerán hasta completar los referidos tres años (Art. 357.4 en la redacción dada al mismo por la LO 5/1997, y hoy derogado)⁹⁰⁰,”. Como vemos, y ya hemos señalado anteriormente, la situación actual modifica sustancialmente la regulación anterior, y ya con anterioridad hemos hecho referencia anteriormente a las posibles motivaciones que ha podido tener el legislador para proceder a esta modificación.

También y para el caso de que los que encontrándose en la situación prevista en el párrafo f) del actual art. 356, solicitaran el reingreso en el servicio activo, quedarán adscritos al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de su último destino, teniendo preferencia para obtener puesto de su categoría en la provincia, o en su defecto, Comunidad Autónoma de dicho último destino (art. 358.3 de la LOPJ).

Asimismo se prevé otra limitación para los que se incorporan al servicio activo desde la excedencia voluntaria del párrafo f) del artículo 356, y dicha limitación consiste en que en los cinco años siguientes al reingreso en el servicio activo, no podrá acceder a puesto de la Carrera Judicial que no sea de los que se proveen por estricta antigüedad. Previsión esta última del art. 360 de la LOPJ, que viene en cierta forma a compensar la supresión de la previsión antes comentada del antiguo artículo 357 de la LOPJ.

4.5.5. Excedencia voluntaria para las Juezas y Magistradas víctimas de violencia de género.

El legislador, por LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha introducido el art. 360 bis en la LOPJ, en el cual prevé en su apartado primero que las juezas y magistrados víctimas de violencia de género tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia por razón de violencia sobre la mujer sin necesidad de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos, pudiendo permanecer en esta situación administrativa hasta tres años.

⁹⁰⁰ El art. 357 de la LOPJ en la actualidad ha sido redactado según la LO 19/2003 de 23 de diciembre y modificado por la Ley 3/2007 de 22 de marzo.

Sorprende que el legislador no haya incorporado este caso a los relacionados en el artículo 356 LOPJ y haya optado por dedicarle un artículo de forma autónoma, sobre todo teniendo en cuenta que la LO 3/2007 que incorpora el mencionado art. 360 bis LOPJ, también modificó el apartado e) del art. 356 LOPJ, y podía haber incorporado un nuevo apartado. Entendemos que debido a la cualidad y especificidad del supuesto que recoge el precepto, “violencia de género sobre juezas y magistrados”, ha hecho que el legislador estime más apropiado la ubicación que ha planteado.

Las juezas y magistrados acogidas a esta excedencia tendrán derecho durante los seis primeros meses a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran, siendo computable dicho periodo a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos (art. 360 bis.2 LOPJ). Este periodo de reserva de puesto de trabajo y con idénticos efectos se podrá prorrogar por periodos de tres meses y hasta un máximo de dieciocho, ahora bien, esto acontecerá, según el legislador “cuando de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima lo exigiere” (art. 360 bis.2 LOPJ segundo párrafo), por lo que habremos de estar a la interpretación de esta cuestión en nuestra jurisprudencia para ver los mecanismos o criterios por los que se estima que la efectividad del derecho de protección de la víctima exige la prórroga de la reserva del puesto e trabajo, y ello dentro del correspondiente proceso judicial.

Por otro lado las juezas y magistrados en situación de excedencia por razón de violencia sobre la mujer, percibirán durante los dos primeros meses de esta situación administrativa, las retribuciones íntegras, y en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo (art. 360 bis. 3 LOPJ).

Por último, y en lo que se refiere al reintegro en el servicio activo de las juezas y magistrados en esta excedencia, el mismo se producirá en el mismo órgano jurisdiccional respecto del que tenga reserva del puesto de trabajo que desempeñaran con anterioridad, si la excedencia no es superior a seis meses. En el caso de que superase este tiempo, el reintegro exigirá que las juezas y magistrados participen en todos los concursos que se anuncien para cubrir plazas de su categoría hasta obtener destino. De no hacerlo así se les declarará en situación de excedencia voluntaria por interés particular (art. 360 bis. 4 LOPJ)

5. LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE JUEZ O MAGISTRADO.

5.1. Consideraciones generales.

La pérdida de la condición de juez o Magistrado se regula en el capítulo I, dedicado a la inamovilidad de los jueces y magistrados, del Título II, que se ocupa de la independencia judicial, del Libro IV de la LOPJ, puesto que la posibilidad de remover a un Juez de su condición de Juez, es un ataque a la esencia de la función judicial, razón por la cual la pérdida de la condición de Juez se regula en este capítulo dedicado a la inamovilidad de jueces y magistrados que es el centro de la independencia judicial.

Los supuestos por los que se pierde la condición de Juez o Magistrado son los siguientes (art. 379.1 LOPJ);

- a) Por renuncia a la Carrera Judicial. Se entenderán incluidos en este supuesto los de los artículos 322 y 357.3 de la LOPJ. Como vemos se trata de un acto voluntario al que se asimila lo dispuesto en el 322 LOPJ “El que se negare a prestar juramento o promesa o sin justa causa dejare de toma posesión, se entenderá que renuncia al cargo y a la Carrera Judicial”.

La referencia hecha al art. 357.3 LOPJ, revela nuevamente un error del legislador, por el que podemos constatar nuevamente la deficiente técnica legislativa utilizada. Actualmente y tras la reforma operada por la LO 19/2003, la misma dio una nueva redacción al art. 357, sin que el mismo tenga apartado tercero. Por lo que la referencia hecha al art. 357.3 de la LOPJ, lo era al antiguo artículo ahora con nueva redacción⁹⁰¹.

Actualmente el supuesto establecido en el antiguo artículo 357.3 LOPJ, se encuentra recogido en el art. 356 LOPJ que determina que “Procederá declarar en la situación de excedencia voluntaria, a petición del Juez o Magistrado, en los siguientes casos.....c) Por interés particular, siempre que haya prestado servicios en la Carrera Judicial durante los cinco años inmediatamente anteriores, sin que en esta situación se pueda permanecer menos de dos años”.

No obstante lo referido, entendemos que es mucho más correcto que la remisión que hace el apartado a) del art. 379.1 de la LOPJ al art. 357.3 debe considerarse que ha quedado sin efecto al suprimirse el límite máximo temporal para la situación de excedencia voluntaria por la LO 5/1997 de 4 de diciembre.

⁹⁰¹ El artículo 357.3 LOPJ, ante de la reforma operada por la LO 19/2003, estaba redactado conforme a la LO 5/1997, y concretamente decía que “Podrá concederse igualmente la excedencia voluntaria a los miembros de la carrera judicial cuando lo soliciten por interés particular. En este supuesto será preciso haber prestado servicios efectivos durante los cinco años inmediatamente anteriores y en ella no se podrá permanecer menos de dos años continuados”.

- b) por pérdida de la nacionalidad española⁹⁰².
- c) En virtud de sanción disciplinaria de separación de la Carrera Judicial.
- d) Por la condena a pena privativa de libertad por razón de delito doloso. En los casos en que la pena no fuera superior a seis meses, el Consejo General del Poder Judicial de forma motivada y atendiendo a la entidad del delito, cometido, podrá sustituir la pérdida de la condición de Magistrado o Juez por la sanción de suspensión del cargo de hasta tres años (art. 420.1.d)) LOPJ.
- e) Por haber incurrido en alguna de las causas de incapacidad, salvo que proceda su jubilación.
- f) Por jubilación.

El artículo 379.1 de la LOPJ, no es sino un correlato de las condiciones que para el ingreso en la Carrera Judicial se exigen en los artículos 302 y 303 de la LOPJ, y antes de abordar específicamente el análisis de estas causas hemos de señalar que el legislador incurre en deficiencias de entidad, puesto que en esta ocasión no se trata de las situaciones administrativas en las que se encuentra el Juez o Magistrado, sino que se trata de la extinción o finalización de la relación estatutaria del Juez o Magistrado cuando se den las condiciones precisas.

En cuanto a las deficiencias técnicas podemos expresar las siguientes;

- Ya hemos hecho mención de la referencia del art. 379.1 apartado a) de la LOPJ a un inexistente artículo 357.3 del mismo texto legal, estando previsto actualmente el supuesto del antiguo 357.3 LOPJ en el actual 356 apartado c) LOPJ.
- pero también podemos referirnos a la previsión de la pérdida de la condición legal por sanción disciplinaria de separación de la Carrera Judicial (letra c del art. 379.1),⁹⁰³
- y asimismo el propio artículo 379 en su apartado dos denomina separación a otros dos supuestos que estrictamente no lo son. Quizás esto sea debido a que la separación provoca, como efecto, la pérdida de la condición de Juez, y porque en otros preceptos se identifican ambos términos (art. 15 de la LOPJ)⁹⁰⁴

⁹⁰² Debe tenerse en cuenta que la pérdida de la nacionalidad española no figura ya como pena en el CP, y por este motivo el art. 25 del Código Civil ha sido convenientemente reformado por ley 36/02 de 8 de octubre.

⁹⁰³ Vid. Art. 420.1 e) LOPJ, que dispone “1. Las sanciones que se pueden imponer a los jueces y magistrados por faltas cometidas en el ejercicio de sus cargos son:

- a) Advertencia.
- b) Multa de hasta 6.000 euros.
- c) Traslado forzoso a juzgado o tribunal con sede separada, al menos en cien kilómetros de aquella en que estuviera destinado.
- d) Suspensión de hasta tres años.
- e) Separación
-”

⁹⁰⁴ El artículo 15 de la LOPJ dispone que “Los jueces y magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en esta Ley.”

Asimismo y desde el punto de vista del procedimiento que refiere el artículo 388 de la LOPJ, para determinar si un supuesto se puede encuadrar en la pérdida de condición de juez, se vuelve a hablar nuevamente y de forma impropia de separación, no siendo de aplicación además lo previsto en este artículo a todos los supuestos del art. 379 de la LOPJ, por ejemplo no es de aplicación a la renuncia (apartado 1 letra a), y tampoco lo es a la sanción disciplinaria de separación (apartado 1 letra c) puesto que en este supuesto la imposición de la sanción disciplinaria y el efecto de esta sanción tiene lugar por el cauce propio del expediente disciplinario, en el cual no tiene cabida el informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior que prevé el art. 388 de la LOPJ, y no hay necesidad de que se tramite otro procedimiento distinto para que el sancionado disciplinariamente con separación de la Carrera pierda la condición de juez.

Tampoco es aplicable este precepto, art. 388 de la LOPJ, a la pérdida de la condición de Juez por jubilación (apartado 1 letra e del repetido 379 de la LOPJ), puesto que para la misma y en sus dos clases existe un cauce propio.⁹⁰⁵

Y por último tampoco sería preciso hacer uso del procedimiento previsto en el artículo 388 LOPJ, para que un Juez pierda su condición, si tal consecuencia se deriva ya como necesaria de la imposición de una pena de inhabilitación absoluta o especial.

5.2. La Jubilación.

Abordamos ahora las distintas causas de pérdida de la condición de Jueces o Magistrados comenzando por el último apartado (el f)) del art. 379.1 de la LOPJ que prevé que se perderá por la jubilación.

Nuestra ley regula dos tipos de jubilación la forzosa y la voluntaria (art. 385 y 386 de la LOPJ). Distinguiendo a su vez dos tipos en la primera, pues tendrá lugar cuando se llegue a la edad legalmente establecida, y por incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones judiciales.

Por lo que se refiere a la jubilación voluntaria, la misma, que no plantea dificultad alguna, deviene de lo dispuesto en el art. 386.2 de la LOPJ que señala que “También podrán jubilarse a partir de los sesenta y cinco años siempre que así lo hubiesen manifestado al Consejo General del Poder Judicial con seis meses de antelación, todo ello sin perjuicio de los demás supuestos de jubilación voluntaria legalmente previstos”,⁹⁰⁶.

La jubilación por edad no plantea en la actualidad problemas. El artículo 386.1 LOPJ señala que “La jubilación por edad de los jueces y magistrados es forzosa y se decretará con la antelación suficiente para que el cese en la función se produzca efectivamente al cumplir la edad de setenta años”.

⁹⁰⁵ Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1988 (RJ 1990\1337), dictada en el caso Varón Cobos.

⁹⁰⁶ Este artículo de la LOPJ fue redactado conforme a la LO 7/1992, de 20 de noviembre (BOE del 21).

Hemos de recordar que al final de la década de los 90 se produjo una situación transitoria que respondía a la existencia de un elevado número de vacantes de jueces y magistrados titulares en los órganos judiciales, lo cual exigió la adopción de medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, que se llevó a cabo a través de la LO 9/2000 de 22 de diciembre. Entre aquellas medidas, dos nuevas Disposiciones transitorias (la 36ª y la 37ª) prolongaban la edad para el desempeño de las tareas jurisdiccionales, fijándose la edad de jubilación de jueces y magistrados en 72 años, hasta el 31 de diciembre de 2003, y en 71 años, hasta el 31 de diciembre de 2004. Asimismo se amplió la posibilidad de proponer hasta el 31 de diciembre de 2003, como magistrados suplentes a quienes no hubiesen alcanzado la edad de 75 años. Transcurridos los periodos transitorios, la edad de jubilación de los magistrados se establece en los setenta años, y sólo en el caso establecido en el art. 220, apartado 4 de la LOPJ, esto es, cuando sean nombrados magistrados eméritos, podrán ejercer funciones judiciales hasta los setenta y cinco años.

5.2.1. La jubilación forzosa por incapacidad permanente. Concepto.

En donde se plantean algunas dificultades es en la jubilación que procede por causas de incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones judiciales (Art. 385.2º de la LOPJ).

Para el ejercicio de la actividad judicial, se precisa la capacidad del Juez o Magistrado, en el sentido que el mismo no ha de padecer limitaciones físicas o psíquicas que le impidan la especial función que tiene asignada (art. 303 LOPJ). Y en atención a lo dicho podemos decir que goza por lo tanto la jubilación de un doble sentido, puesto que por una parte y para los Jueces y Magistrados que se encuentren en una causa prevista para ello, la jubilación es un derecho del funcionario público que es en definitiva el juez, y por otro lado la jubilación es una garantía para la sociedad en general y para el justiciable en particular, una garantía de que la función judicial se desempeña y se presta en las condiciones de plenitud necesarias⁹⁰⁷.

Hemos de concretar ahora el concepto de incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones judiciales, es decir, cuando un Juez o Magistrado tiene o deja de tener la capacidad necesaria para el desempeño de la función judicial que le ha sido atribuida. Ante la falta de definición legal ha tenido que ser la jurisprudencia la que ha ido delimitando el concepto, y lo ha hecho, como no podía ser de otra manera desde el tratamiento que de la jubilación por incapacidad hace el legislador de la función pública en general.

Los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia se encuentran dentro del ámbito personal de cobertura (art. 2.1.c) del Real Decreto 670/1987 de 30 de abril por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, en cuyo artículo 28.2 c) se define la incapacidad permanente determinante de la jubilación o inutilidad, que se declarará de oficio o a instancia de parte, “cuando el interesado venga afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico, que esté

⁹⁰⁷ Así lo ha señalado ya la nuestro Tribunal Supremo señalando en el Fundamento Jurídico Quinto de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1999 (RJ 1999\10013), que la jubilación “constituye no sólo una situación jurídica del juez afectado por ella, sino también un necesario medio para garantizar a la ciudadanía la plenitud del derecho fundamental”.

estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad, cuya lesión o proceso le imposibiliten totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, plaza o carrera”. Este concepto que destacamos aquí fue asumido en el Informe de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial de 3 de abril de 1997, el cual a su vez recogía lo dispuesto en el contenido del Acuerdo Plenario de 15 de julio de 1992, y así se decía que la falta de aptitud profesional que genera la jubilación por incapacidad permanente, ha de tener en todo caso una etiología de carácter patológico (física o psíquica), y esta dolencia o proceso patológico precisa de unas notas de determinación objetiva (lo cual planteará problemáticas en torno a la pericia médica para determinarla), de estabilización, de irreversibilidad (o cuya reversibilidad sea incierta o remota) y en fin, de tal entidad que imposibilite totalmente para el desempeño de la función⁹⁰⁸.

5.2.2. Del procedimiento de jubilación por incapacidad permanente.

El procedimiento de jubilación por incapacidad permanente, se regula en sus aspectos esenciales en los artículos 387 y 388 de la LOPJ, conforme a los cuales existen dos posibilidades: a) Podrá ser la Sala de Gobierno que corresponda, por sí misma, o a instancia del MF o del interesado, la que formule la propuesta de jubilación al CGPJ, cuando en un Juez o Magistrado se aprecie incapacidad permanente b) Y asimismo también se podrá iniciar el expediente de jubilación por incapacidad permanente por el Consejo General de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal (art. 387.2 LOPJ).

Estos procedimientos se formarán con audiencia del interesado e informe del Ministerio Fiscal y de la Sala de Gobierno respectiva, sin perjuicio de las demás justificaciones que procedan, resolviéndose por el CGPJ (art. 388 LOPJ).

Digamos también que los jubilados por incapacidad permanente podrán ser rehabilitados y volver al servicio activo si acreditaran que la causa que dio lugar a la jubilación ha desaparecido o se ha atenuado y permite el ejercicio de la función judicial (art. 387.3 LOPJ).

Sobre el expediente de jubilación por incapacidad trata nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala Tercera de 22 de septiembre de 1999 (RJ 1999\10013), estableciendo que el mencionado expediente es el procedimiento legalmente previsto, para constatar, en relación a un determinado juez, la existencia o no de una limitación imposibilitante de la función judicial. Es decir, ante una sospecha de posible incapacidad, es el instrumento dirigido a indagar si hay o no prueba que permita confirmar dicha sospecha. El inicio de ese expediente no requiere por lo tanto, la existencia de prueba definitiva sobre el estado físico o psíquico del juez. Solo exige datos indiciarios que permitan aceptar la existencia de limitaciones incapacitantes en un juez como una razonable posibilidad, pues el expediente se tramita precisamente con la

⁹⁰⁸ Estos informes que comentamos, excluyeron como causa de incapacidad la falta de aptitud que obedeciera a causas diferentes, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que pudiera incurrir el Juez y de la separación de la Carrera Judicial, consecuencia de falta muy grave con arreglo al art. 379.1 c y 417, 420 y 421 de la LOPJ.

finalidad de determinar si hay o no prueba bastante para aceptar la certeza de esas limitaciones⁹⁰⁹.

Por otro lado hemos de señalar que esta materia no tiene desarrollo reglamentario alguno, al contrario de lo que sucede con otros aspectos del Estatuto Judicial, con respecto a los cuales el Reglamento de la Carrera Judicial desarrolla la regulación dispuesta en la Ley Orgánica, reproduciendo lo dispuesto en ella, y trabajando aspectos y elementos secundarios y auxiliares, y declarando también la supletoriedad de la normas generales aplicables a la función pública⁹¹⁰.

En lo que se refiere a los procedimientos por jubilación, ya sea forzosa en sus dos modalidades o voluntaria, el RCJ, lo único que hace es, en el art. 119.1 del mismo, remitirse al procedimiento previsto en el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987 de 30 de abril, y las demás normas que lo desarrollan, estableciendo una cláusula final de prevalencia de la legislación orgánica, al manifestar, refiriéndose a las normas que regulan esta materia en la función pública, que “todo ello habrá de entenderse sin perjuicio de lo establecido en los artículos 386, 387, 388, 127.9 y 131.3 todos ellos de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, preceptos estos en los que como ya sabemos se observan los elementos esenciales, y las peculiaridades del régimen de jubilación de los miembros de la carrera judicial⁹¹¹.

⁹⁰⁹ Es por ello que la medida cautelar de suspensión provisional estará justificada cuando tales datos indiciarios apunten hacia limitaciones gravemente incapacitantes para el recto ejercicio de la jurisdicción.

⁹¹⁰ Podemos ver en ese sentido el art. 115.3 del Reglamento de la Carrera Judicial que establece “que en todo aquello que no se hallare previsto en las normas referidas en el apartado anterior (donde se contiene la cláusula general a la que nos hemos referido), se observarán en materia de procedimiento, recursos y forma de los actos del Consejo General del Poder Judicial, en cuanto sean aplicables, las disposiciones de la Ley 30/1992”, y también lo señalado por el art. 263 del mismo reglamento en el régimen de incompatibilidades de Jueces y Magistrados, según el cual, la autorización a los miembros de la Carrera Judicial para compatibilizar su cargo...se producirá “de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas”.

⁹¹¹ En definitiva esto que hace el RCJ en su artículo 119 es consecuencia de la cláusula general sobre los procedimientos que afectan a cuestiones del Estatuto de los Jueces y Magistrados y que se contienen en el art. 115 del propio Reglamento, según la cual “la tramitación de los expedientes administrativos sobre aquellas cuestiones que afectan al Estatuto de los Jueces y Magistrados y que se relacionan en el artículo siguiente, se ajustará a las normas específicas establecidas para cada tipo de procedimiento en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los Reglamentos aprobados por el Consejo General del Poder Judicial y en aquellas disposiciones legales que expresamente prevean la ampliación del procedimiento que establezcan a aspectos concretos del régimen funcional de los miembros de la Carrera Judicial, y no se opongán a lo dispuesto en la citada Ley Orgánica”.

De esta cláusula general podemos entender que el Estatuto de Jueces y Magistrados, y por lo tanto la tramitación de los procedimientos que lo afectan, han de someterse en todo caso, a lo que determina la LOPJ y los Reglamentos que la desarrollan y por otro lado, que cuando dichas cuestiones tengan un componente funcional, han de acercarse a la Legislación básica de la función pública en general, siempre que sea posible y cuando no contravengan la legislación orgánica principal.

Estas consecuencias que extraemos de la cláusula general prevista en el 115 del RCJ, devienen tanto de la reserva constitucional de Ley Orgánica, formal y material, a que se refiere el art. 122.1 de la Constitución, como del carácter de Legislación básica que el artículo 149.1.18 de la Constitución atribuye a la regulación del régimen estatutario de los funcionarios y de la atribución competencial a favor del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 110.2 párrafo primero, LOPJ según el cual; “2. El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de su competencia y con subordinación a las

También el 119 del RCJ, reitera lo dispuesto en los artículos 131.3 y 127.9 de la LOPJ (este último precepto lo hemos de entender referido al art. 127.10 de la LOPJ, por cuanto el mencionado precepto 127 fue redactado conforme a la LO 2/2002 de 6 de mayo reguladora del control previo del Centro Nacional de Inteligencia, sin que el RCJ haya sido adaptado a esa modificación y por lo tanto remite al antiguo 127.9) señalando en sus apartados 2º y 3º respectivamente, por un lado, que será la Comisión Permanente el órgano competente para acordar la jubilación forzosa por edad, y por otro lado que la competencia para resolver sobre la jubilación por incapacidad permanente para el servicio y la jubilación voluntaria en todas sus modalidades es del Pleno del Consejo General del Poder Judicial

Así pues, y conforme a la legislación funcional general para los procedimientos de jubilación, hemos de tener en cuenta, fundamentalmente, dos normas esenciales en los procedimientos de jubilación del personal civil incluido en el ámbito de cobertura del régimen de clases pasivas del Estado (en el cual entran de lleno los miembros de la Carrera Judicial), y estas normas son la Resolución de 29 de diciembre de 1995 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública⁹¹², y la Orden del Ministerio de la Presidencia de 22 de noviembre de 1996.⁹¹³

Estas dos normas son de aplicación a los procedimientos de jubilación referidos a los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia y a los procedimientos para el reconocimiento del derecho a las prestaciones de clases pasivas en el supuesto de jubilación por incapacidad permanente⁹¹⁴. Esta normativa ha de aplicarse sin perjuicio de lo dispuesto en la LOPJ y en el Reglamento de la Carrera Judicial⁹¹⁵.

leyes, podrá dictar reglamentos de desarrollo de esta ley para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar”.

Estos reglamentos podrán regular condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial sin innovar aquéllos ni alterar éste en su conjunto. Podrán aprobarse en los casos en que sean necesarios para la ejecución o aplicación de esta ley, en aquellos en que así se prevea en esta u otra ley, y especialmente en las siguientes materias: “*régimen de incompatibilidades y tramitación de expedientes sobre cuestiones que afecten al estatuto de Jueces y Magistrados*” (Art. 110.2. párrafo segundo letra i).

⁹¹² Por la Resolución de 29 de diciembre de 1995 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, se modifican los procedimientos de jubilación del personal civil incluido en el ámbito de cobertura del régimen de clases pasivas del Estado.

⁹¹³ Por la Orden del Ministerio de la Presidencia de 22 de noviembre de 1996 se establece el procedimiento para la emisión de los dictámenes médicos a efectos del reconocimiento de determinadas prestaciones de clases pasivas.

⁹¹⁴ Ver artículo 2º de la Resolución de 29 de diciembre de 1995 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, y artículo 1º de la Orden del Ministerio de la Presidencia, del 22 de noviembre de 1996.

⁹¹⁵ En este sentido el Acuerdo de la Comisión Permanente de 6 de abril de 1998, por el que responde a determinados requerimientos de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas relativos a la fecha de efectos de la jubilación por incapacidad de determinados Magistrados, en la que entraban en colisión el punto séptimo de la mencionada orden de 29 de diciembre de 1995 y el artículo 287 del Reglamento de la Carrera Judicial, prevaleciendo lo dispuesto en este precepto reglamentario con arreglo al siguiente razonamiento; “El Reglamento de la Carrera Judicial en el particular relativo al cese de jueces y magistrados, se dictó en uso de la facultad reglamentaria atribuida al Consejo General del

a. **Problemas del actual procedimiento.**

En donde encontramos problemas como ya hemos dicho anteriormente, es en concretar si se dan los elementos objetivos del concepto jurídico indeterminado de incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones judiciales, y en esta concreción es elemento esencial la pericia médica que recogen las normas sobre la legislación funcional a las que nos referimos y abundante jurisprudencia⁹¹⁶.

Sobre el procedimiento de jubilación por incapacidad permanente que regulan estas normas, hemos de destacar como un acto de instrucción del mismo lo dispuesto en el apartado 5º de la Resolución de 29 de diciembre de 1995, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, determinando que *“iniciado el procedimiento, de oficio o a solicitud del interesado, el órgano de jubilación [el Pleno del CGPJ] comunicará al funcionario [Juez o Magistrado] la apertura del expediente de jubilación y paralelamente dirigirá comunicación al servicio competente de la Administración General del Estado o de la Comunidad Autónoma [Sala de Gobierno] correspondiente, según la residencia del funcionario [Juez o Magistrado], adjuntando a la misma la documentación médica que obre en su poder, a los efectos de que por parte de dicho órgano se ordene el reconocimiento médico del funcionario [Juez o Magistrado]...una vez examinado el funcionario [el Juez o Magistrado], el órgano médico extenderá acta de la sesión médica así como un dictamen razonado sobre la capacidad o incapacidad del funcionario [Juez o Magistrado] para el servicio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28.2.c) del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado”*.

Y el órgano médico encargado del examen será, conforme a lo dispuesto en el artículo tercero de la orden de 22 de noviembre de 1996, el Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de la provincia en que tenga su domicilio el funcionario. Hemos de decir aquí, que la experiencia nos ha revelado que los informes que emiten estos Equipos de Valoración de incapacidades, en muchas ocasiones son ajenos al conocimiento de la realidad del ejercicio normalizado de la función jurisdiccional, la cual desconocen, y este alejamiento de la realidad es más constatable cuando la enfermedad del Juez o Magistrado que se ha de reconocer tiene que ver con la alteración del comportamiento o de la mente⁹¹⁷.

Poder Judicial por el artículo 110.2 de la citada ley Orgánica y no puede quedar contradicho lo dispuesto en el artículo 285 de este Reglamento por la Resolución de 29 de diciembre de 1995, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública que viene cumpliéndose en todo aquello que no se opone a la Ley Orgánica del Poder Judicial y al Reglamento de la Carrera Judicial”.

⁹¹⁶ Sobre este particular podemos ver las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, desde las de 26 de marzo de 1989 (RJ 1990\10338 y RJ 1990\10339) a la de 25 de marzo de 1996 (RJ 1996\2809).

⁹¹⁷ En este sentido son significativos los informes emitidos por estos tribunales médicos en los procedimientos de jubilación por incapacidad que afectaron a dos miembros de la Carrera Judicial, en los que la Comisión Permanente, en sus reuniones de 30 de abril de 1996 y 21 de enero de 1997 respectivamente a la vista de los mismos (en los que se hacía constar, en síntesis, que la enfermedad que padece se encuentra en la actualidad en período de remisión, y por tanto, compatible con su actividad profesional, manifestándose, por otro lado, la evolución previsible de dicha enfermedad, con tendencia a la periodicidad y recurrencia), requirió a la Comisión de Estudios e Informes para que con carácter general, se analizará “este supuesto” no infrecuente teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 385.2 de la LOPJ y el artículo 28.2.c) del Texto Refundido de las Clases Pasivas del Estado, en el que se desarrolla el

5.2.3. Jurisprudencia sobre la materia.

La situación de padecimiento físico o psíquico del Juez, es valorada de diferente forma por los distintos equipos médicos, y esas valoraciones a su vez son ponderadas por los Tribunales de Justicia que enjuician la legalidad de la respectiva situación administrativa, para examinar si el supuesto permite la incapacidad permanente del sujeto enfermo.

La situación administrativa que aquí se enjuicia es la actuación del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por ser este conforme al artículo 129.10 de la LOPJ el órgano competente para acordar la jubilación por incapacidad permanente de los miembros de la Carrera Judicial, y la valoración judicial le corresponde por lo tanto a la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo ha sido constante en la definición de incapacidad, y así en el FJ 5º de la Sentencia de la Sala Tercera de 16 de mayo de 2001 (RJ 2001,º4848, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 524/1997), señala respecto de la incapacidad que “no se exige, para que pueda ser apreciada que queden íntegramente afectadas las facultades precisas, lo que podría conducir a conclusiones rayanas en lo absurdo, pero sí que concurra un cierto grado sustancial de incidencia en la posibilidad de desempeño de las tareas encomendadas al funcionario”. Como vemos en esta Sentencia, el TS mantiene una postura rígida e inflexible para llegar a la consideración de la afectación de las facultades de Jueces y Magistrados por el proceso o patología subyacente, así en la Sentencia que nos ocupa se anularon los acuerdos del Consejo General del Poder judicial por los que se había declarado la incapacidad permanente de un Magistrado, según el órgano juzgador por la inconsistencia de los padecimientos de este Magistrado a los fines de integrar la mencionada afectación de facultades⁹¹⁸.

concepto jurídico de incapacidad permanente en relación con los distintos grados posibles de invalidez permanente que rigen para el personal laboral, llegando la Comisión de Estudios en su reunión de 4 de marzo de 1997, a idénticas conclusiones que las contenidas en el informe aprobado por el Pleno de 15 de julio de 1992, al que nos hemos referido en páginas anteriores.

No hemos de olvidar que como señala el TS en Sentencia de 25 de marzo de 1995 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (RJ 1999\4397) que cita la sentencia de 29 de mayo de 1989 (RJ 1989\10340), la declaración de incapacidad “es el resultado objetivo de complejas interrelaciones, en las que intervienen factores médicos, jurídicos, y funcionariales que han de valorarse en conjunto para determinar si los padecimientos sufridos por el funcionario y las secuelas de ellos derivadas en relación con las características objetivas del puesto o actividad realmente desempeñada comportan un limitación que determine la inaptitud para la labor que como funcionario desempeña”.

⁹¹⁸ La sentencia se basa en lo que considera una inconsistencia de los informes médicos, y así indicaba que expresiones tales como “...presenta un deterioro cronofisiológico global que puede mermar en parte sus facultades y unas limitaciones psicofísicas patológicas que pueden inferir de forma parcial en el desarrollo de su actividad laboral”, y reconociendo dichos informes “... que dicho Magistrado está en condiciones de reincorporarse a su trabajo habitual con posibles períodos de incapacidad temporal”, la conclusión del Tribunal debía ser que no concurría una situación de incapacidad permanente “... puesto que, en definitiva, las referencias en los informes médicos a mermas de facultades, a que pueden inferir en forma parcial, a disminución que no supone imposibilidad, y en vista de los términos un tanto dudosos que se contienen en dichos informes...excluyen (los referidos informes) la subsunción del estado físico o psíquico del recurrente en ese supuesto de imposibilidad a que se refiere el precepto, cuya interpretación no permite, obviamente a otros bien distintos”.

Y al contrario, en otras ocasiones ha sido el Tribunal Supremo muy flexible en la ponderación de estos informes y valoraciones médicas de cara a entender que si conformaban un supuesto de incapacidad permanente, como es el caso de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2002 (RJ 2002\8660), en la que si confirmó la jubilación de un miembro de la carrera judicial a pesar de que el dictamen del Equipo de Valoración de incapacidades determinó “... *que no se encuentra patología médico-psiquiátrica que incapacite laboralmente, pero sí existen rasgos de personalidad alterados*”⁹¹⁹.

Asimismo podemos constatar que entre esta interpretación flexible que lleva a cabo el Tribunal Supremo, y la interpretación rígida que antes hemos mencionado, existe también una línea intermedia de actuación de dicho tribunal que queda reflejada en la Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (recaída en el recurso 522/1997)⁹²⁰ (RJ 1999\10051).

Para el Tribunal Supremo los informes y valoraciones médicas realizadas son esenciales en su labor, independientemente de que hayan sido aportadas por los interesados, o se hayan realizado de oficio, o se hubieran producido en el procedimiento administrativo, o en proceso contencioso administrativo, o hayan sido emitidos por funcionarios públicos, o por profesionales privados. Por lo tanto el Tribunal Supremo en su actuación partía de la valoración del informe médico, y este tarea la ha realizado “conforme a las reglas de la sana crítica”, de acuerdo con el artículo 348 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Y en ejercicio de esta sana crítica el Tribunal Supremo ha llegado a apartarse de los dictámenes médicos, como en la STS de 19 de noviembre de 1999 antes comentada, dando más relevancia a la anormalidad del comportamiento y actividad profesional, previamente contrastados, que no resultaron explicados ni por los dictámenes aportados a instancias de parte ni por los que

⁹¹⁹ En este caso, tanto el Consejo General del Poder Judicial como el Tribunal Supremo entendieron relevantes una serie de circunstancias acontecidas en la vida profesional del afectado, a los fines de determinar su incapacidad permanente, y así tuvieron en cuenta dos sanciones disciplinarias, dos procedimientos penales que afectaron al miembro de la carrera judicial, existiendo también en su expediente administrativo numerosos informes médicos con conclusiones muy diversas, como por ejemplo aquellos que explicaban su patología señalando que “los conflictos de desviación conductual del examinado, en relación con su actividad laboral, se explican por una desviación cuantitativa de la personalidad”, o bien “se diagnóstico consumo de alcohol y sintomatología paranoide secundaria al mismo”, en cambio otros entendieron que “era absolutamente normal tanto física como psíquicamente”, o “goza de normalidad física y psíquica” o “en este momento es posible su incorporación al puesto laboral”.

⁹²⁰ En esta Sentencia el Tribunal Supremo desestima un recurso del recurrente, confirmando así la decisión del Consejo General del Poder Judicial que declaraba al recurrente en situación de incapacidad permanente en base a un informe del Equipo de Valoración de incapacidades que le diagnosticaba una enfermedad consistente en un trastorno bipolar, con tendencia a la periodicidad y recurrencia, con alternancias entre episodios y periodos de remisión libres de síntomas que duran semanas, meses o años, durante los cuales existe incompatibilidad con la actividad profesional y en periodos de remisión compatible con dicha actividad, y es por todo ello por lo que el Tribunal entiende que dicha enfermedad era irreversible, dado que ningún informe médico expresaba que la misma pudiera curarse en un espacio de tiempo más o menos largo, y que era causa de la declaración de incapacidad permanente, puesto que la alternancia entre los episodios de enfermedad y de remisión darían lugar a la ruptura de la normalidad de conducta exigible en el ejercicio regular de la función jurisdiccional “habida cuenta que las funciones judiciales, de las que depende la protección de los derechos de los ciudadanos, han de desempeñarse de una manera continuada en el tiempo, y el Juez o Magistrado que las ejerce debe estar en todo momento libre de enfermedad psíquica”.

resultaron de la prueba pericial procesal, siendo así que respecto a estos último, el Tribunal Supremo llegó a observar “una ausencia de explicitación de la lógica interna entre los comportamientos contrastados –aquí se refería a la actividad profesional, a las numerosas incidencias que se habían dado en el currículum del interesado- y el criterio sustentado en ellos”, y en definitiva en base a la sana crítica, el Tribunal Supremo pudo afirmar que “los dictámenes aportados por la parte actora y los dictámenes procesales, en su conjunto, no explican los comportamientos profesionales de la parte actora y no dan cuenta de los cambios producidos, pues basados en datos referenciales no se remontan ni penetran en el origen de los hechos en que se fundamenta el acto recurrido, sin explicar el patrón del comportamiento previo a dicho acto, que ha afectado notoriamente y de manera continuada a su actividad profesional”.

Por último no hemos de olvidar la incidencia y la relación de la enfermedad en los procedimientos disciplinarios. Y es que la depuración de los supuestos en los que hipotéticamente pueda existir un supuesto de anormalidad en el ejercicio de la función judicial, es un derecho del justiciable y de la sociedad en general, y desde la perspectiva del Juez, si se piensa que tal situación puede tener reflejo en el principio de culpabilidad, inherente a toda infracción.

Hemos de considerar que si un miembro de la Carrera Judicial, está afectado por un proceso patológico, puede llevar a cabo actuaciones, susceptibles de serle reprochables por los mecanismos que la ley previene y que además de la depuración de la incapacidad a través de la jubilación, también prevé la vía disciplinaria pues el justiciable y en definitiva la sociedad no debe de sufrir las consecuencias de una inadecuada o extemporánea depuración de dichas conductas.⁹²¹

5.2.4. Modificaciones legales necesarias en los procesos de jubilación.

La reforma de la LO 19/2003 operada en la LOPJ, ha sido una muy buena oportunidad que se ha perdido para introducir en la legislación los necesarios cambios en torno al concepto legal de jubilación por incapacidad permanente y los procedimientos correspondientes⁹²².

⁹²¹ La jurisprudencia se ocupa en diversas ocasiones de estos supuestos, que no son tan extraños como pudiera parecer en un principio. Así en la Sentencia de 22 de enero de 1998 (dictada en el recurso contencioso administrativo núm. 787/1995) (RJ 1998\1687) la Sala Tercera del Tribunal Supremo, estimó un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una sanción de suspensión definitiva de funciones impuesta por el Pleno del Consejo General del Poder judicial, anulándola al considerar que la enfermedad que padecía el recurrente, excluía el elemento subjetivo del tipo de la infracción sancionada.

En el mismo sentido de esta sentencia, tenemos también la de 10 de abril de 2003 (recurso contencioso administrativo número 571/1997) (RJ 2003\3401), que pone especial énfasis en lo que denomina “actitud de dedicación del Juez o Magistrado”, y declara apoyándose en otras sentencias que cita, que “sería tachada de contraria a derecho la imposición de una sanción por deficiente desempeño de su labor a un funcionario que ha sido jubilado precisamente por incapacidad psíquica para el servicio, ya que tal incapacidad indudablemente repercutiría sobre su imputabilidad, que es la base de cualquier reproche sancionador”.

⁹²² Estas necesidades ya fueron puesto de manifiesto en las sugerencias formuladas por las Salas de Gobierno sobre la base del Libro Blanco de la Justicia y que fueron aprobadas por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en mayo de 2002, que señaló que “en la tramitación de expedientes de incapacidad... se observa la falta de pautas concretas, uniformes y específicas...”. “La capacidad del Juez o Magistrado no puede medirse con criterios generales; siempre ha de estar en relación con la función que estos ejercen... parece obligado concluir que la valoración de la capacidad de jueces y magistrados no ha

En caso del ejercicio de la profesión de juez, determinados procesos patológicos o condicionamientos psíquicos tienen una incidencia o relevancia superior que en otras profesiones, porque en el ejercicio de la función judicial, es exigible con rigor un elevado grado de normalidad, y es que el objeto del ejercicio de esta profesión, el ejercicio de la función judicial, lo constituye el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial.

Asimismo y en la legislación sobre incapacidad permanente, y en lo que se refiere también al concepto legal de la misma, y que ha sido aceptado por la jurisprudencia, habría de ser modificado, en el sentido de que el proceso patológico ha de contemplarse en relación con las características objetivas del puesto o actividad realmente desempeñadas, y así poder delimitar si conlleva una limitación que comporte la inexistencia de aptitud para la labor que como Juez o Magistrado se ha de desarrollar.

En esta línea de modificaciones legislativas, también habría de ser valorada la posibilidad de eliminar el término “totalmente”, puesto que la imposibilidad total a que se refiere el concepto ofrecido por la Ley de Clases pasivas alude no a la incapacidad para todo tipo de actividad, sino que debe conectarse exclusivamente con la función jurisdiccional. De esta manera, podría afirmarse que, en línea de principios, podría existir una incapacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional, que sin embargo no imposibilitara para otro tipo de actividades.

Por otro lado y por lo que se refiere al procedimiento para declarar la jubilación por incapacidad permanente, habida cuenta de la problemática que plantea la valoración de los dictámenes de las unidades de valoración dependiente de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas (más acostumbradas a valorar patologías laborales que inciden sobre otras profesiones), aconsejarían conformar un procedimiento específico al amparo del art. 110.2 letra i) de la LOPJ, para la tramitación de los expedientes de jubilación por incapacidad para el ejercicio de las funciones judiciales, que al incluir dentro de este procedimiento la realización de la pericia médica, establezca una unidad de valoración médica al efecto, que actuará como órgano técnico del Consejo General del Poder Judicial, encargándose de examen médico en los citados expedientes, desligándose de las normas procedimentales de la función pública general, que, como se ha dicho, siempre han de subordinarse a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Además esta específica unidad de valoración médica, como órgano técnico del CGPJ, habría de desarrollar también otra serie de funciones entre las que podemos destacar las siguientes;

- a. los exámenes psicofísicos a los que se refiere el art. 303 de la LOPJ para el ingreso en la Carrera Judicial.
- b. la valoración de la procedencia o no de la iniciación del procedimiento de jubilación por incapacidad permanente en aquellos casos en los que una

de atenerse, exclusivamente, a criterios generales sino que de debe ser siempre analizada en relación con la función jurisdiccional. Ello comporta, la necesidad de encomendar a una unidad médica de valoración centralizada el reconocimiento de jueces y magistrados, que se encuentren sujetos a expediente”.

enfermedad se prolonga más allá de los seis meses (art. 246 del Reglamento 1/1995 de 7 de junio) que hasta ahora se residencia en un informe del Presidente del Tribunal Superior de Justicia.

- c. e incluso también habrían de responsabilizarse de la declaración de aptitud que se requiere para los que vayan a reingresar en el servicio activo, que debe ajustarse a las condiciones que deben reunirse para el ingreso en la carrera (art. 367 de la LOPJ, y art. 217, 218 y 219 del Reglamento de la Carrera Judicial).

Podríamos pensar que la creación de esta Unidad de valoración médica como órgano técnico del CGPJ, no es oportuna, puesto que es lógico que entendamos que los dictámenes médicos sean emitidos con un alejamiento del órgano dotado de la competencia para adoptar la jubilación por incapacidad permanente del Juez o Magistrado. Pero hemos de decir que esto no es óbice para la creación de dicha unidad, puesto que de crearse la misma, podría desarrollar sus funciones como complementarias de los informes médicos preceptivos a emitir por los Equipos de Valoración médica. Y es más, esta complementariedad de la que hablamos se encuentra acogida en las normas reglamentarias relativas a la función pública en general, que admiten la aportación de cuantos informes médicos descriptivos de la enfermedad padecida y del historial médico o clínico se disponga, así como por lo dispuesto en el art. 82.1 de la Ley 30/1992, según el cual “a efectos del procedimiento se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales y los que se juzguen necesarios para resolver...”.

Otras modificaciones de interés sería la de centralizar la tramitación del expediente en el Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio de que las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia puedan proponer el inicio del procedimiento, pero sin delegación de atribución alguna en orden a la instrucción del mismo, como se viene haciendo hasta ahora. (Art. 387 y 388 LOPJ).

También sería de interés la posibilidad de tramitar una información previa con el fin de conocer las circunstancias de caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento, que en definitiva es introducir la previsión de art. 69.2º de la Ley 30/1992⁹²³.

Por último sería preciso regular el plazo dentro del cual ha de tramitarse el procedimiento, puesto que si observamos el art. 123 m) del Reglamento de la Carrera Judicial el plazo sería de seis meses cuando el procedimiento se inicia a instancia de parte, ahora bien, si el procedimiento se inicia de oficio no se podrá aplicar el plazo de seis meses conforme a lo dispuesto por el Acuerdo nº 8 del de 16 de julio de 1997 del Consejo General del Poder Judicial, por lo que se entiende que no existe plazo máximo para resolver y que no se producen los efectos propios del silencio. Ahora bien, si estamos a lo dispuesto en la Ley 30/92 de 26 de noviembre, modificada en esta cuestión concreta por Ley 4/1999 de 13 de enero, vemos que establece, con carácter general, en el artículo 42.2 que el plazo máximo para resolver es de 6 meses “salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea”, lo cual mal se compadece con esta doctrina. La falta de resolución dentro de plazo determinará, conforme al art. 44 de dicha Ley, la caducidad del procedimiento.

⁹²³ El art. 69.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre dice expresamente que “2. Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento”.

Ello no impedirá interrumpir el procedimiento, suspender el plazo de resolución o ampliarlo, de acuerdo con las normas generales.

5.3. La pérdida de la condición de Juez como consecuencia de condena penal.

5.3.1. Consideraciones generales.

Una vez analizada la condición de aptitud de estar impedido física o psíquicamente para el ejercicio de la función judicial, y la causa de pérdida de la condición de juez que se desprende de su desaparición, vamos a abordar las condiciones previstas en las letras c), d) y e) del art. 379 de la LOPJ.

En este sentido hemos de traer a colación la reforma que la LO 16/1994 introdujo en la LOPJ, en especial en su art. 379.1 d) y 380 de la LOPJ, esta reforma ya en su exposición de motivos señalaba que “la comisión por un Juez o Magistrado de cualquier delito doloso, lo haya sido o no en el ejercicio de la función judicial, tienen un significado especial que trasciende de las consecuencias estrictamente penales previstas en el Código, más allá incluso de las penas privativas de derechos, puesto que evidencia su incapacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional mientras no obtenga la rehabilitación, como deriva del art. 303 de la Ley orgánica. Resulta, por tanto, procedente dar una nueva regulación a estos efectos, modificando lo que establecen los actuales 379.1.d y 380”.

La primera consideración que queremos hacer es que como ya hemos señalado anteriormente, las causas por las que se pierde la condición de juez es un correlato de las condiciones de aptitud para ingresar en la carrera judicial, y por ello no hemos de perder de vista el artículo 303 de la LOPJ, puesto que las causas de incapacidad reguladas en este precepto no sólo han de operar para el ingreso en la Carrera Judicial, sino que también han de mantenerse durante toda la misma, puesto que de darse alguna de estas causas, el Juez o Magistrado quedaría incapacitado para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, llevándole esta incapacidad a perder la condición de Juez o Magistrado, y ello aunque pueda darse la rehabilitación que producirá el reingreso en aquellos casos previstos en la Ley, si así lo decide discrecionalmente el CGPJ, dándose una serie de condiciones, siendo la primera de ellas, la desaparición de la causa que lo motivó.

En segundo lugar la reforma mencionada de la LO 16/1994 lo que persigue es endurecer el sistema, ampliando para ello las causas por las que se pierde la condición de Juez y no reduciéndolas.

En tercer lugar, hemos de tener en cuenta que las penas privativas de derechos producen, por sí mismas, consecuencias estrictamente penales, previstas en el Código Penal, al margen del estatuto judicial, aunque con reflejo en él⁹²⁴.

Por último y en cuarto lugar, también hemos de considerar que cuando la gravedad del delito doloso cometido por el Juez (sea o no en el ejercicio de sus funciones) lleve

⁹²⁴ Y así lo han entendido y se constata en los Autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2001 (RJ 2001\5683) y 5 de febrero de 2001 (RJ 2001\5555), dictados ambos en el recurso 2940/1997. Vid en el mismo sentido también Auto de 13 de marzo de 2001 (RJ 2001\7335).

aparejada una sanción distinta de las anteriores – privativa de libertad- de suficiente entidad, que por sí misma (a diferencia de las anteriores) no provoque consecuencia alguna en el estatuto judicial, la ley contempla expresamente tales consecuencias, por ello se introdujo el supuesto d) del art. 379 de la LOPJ.

Hechas estas consideraciones nos hemos de plantear si no era suficiente con decir que es causa de la pérdida de la condición de Juez o Magistrado el haber incurrido en alguna de las causas de incapacidad que para el ingreso en la Carrera Judicial establece el artículo 303 de la Ley para abarcar todos los supuestos posibles de la misma, sin necesidad de descender al detalle.

El legislador pensó que no era suficiente, y consideró que la regulación original podía plantear dudas de interpretación, sobre si se comprendía dentro del ámbito del art. 379.1.e) (que no se ha reformado) toda condena por delito doloso (por la referencia que hace diciendo “por haber incurrido en alguna de las causas de incapacidad”, entre las que se encuentra, la condena por delito doloso), y por tanto, también la condena a pena privativa de libertad por delito doloso, además de las penas privativas de derechos, recogidas, hasta entonces, en la letra d) del mismo precepto, y para zanjar dichas dudas el legislador lo introdujo expresamente.

La redacción actual del art. 379.1 d) de la LOPJ, que no recoge las penas privativas de derechos, no responde al espíritu de la reforma de 1994, sino que más bien la contraria. Esto se puede deber en primer lugar a una omisión involuntaria del legislador y nunca corregida,⁹²⁵ o bien, y en segundo lugar, se puede deber a que el propio legislador entendiera que las penas privativas de derechos tenían, por propia naturaleza, la virtualidad de producir un supuesto de pérdida de la condición de Juez o Magistrado al suponer la “privación definitiva del empleo y cargo público que tenga el penado” o “sobre el que recayera”⁹²⁶, por lo que era innecesario aludir expresamente a ellas. Y por último y en tercer lugar también se puede deber porque entendió el legislador que la imposición de dichas penas siempre sería consecuencia de la condena por delito doloso, y por tanto, siempre daría lugar a un supuesto de la letra e) “haber incurrido en alguna de las causas de incapacidad”, entre las que se encuentra la condena por delito doloso.

Esta última postura fue la que se defendió en el voto particular planteado por cinco vocales del CGPJ, contra la resolución del Pleno de este Consejo de 28 de julio de 1999, por la que se acordó el archivo del expediente de separación de la Carrera tramitado contra un Juez que había sido condenado como autor de un delito contra la libertad individual a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público que signifique desempeño de funciones judiciales, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sentencia de 5 de diciembre de 1997 (La Ley 5481\1998)⁹²⁷. En este voto particular, los vocales entendieron que la pena de

⁹²⁵ Lo cual no sería extraño habida cuenta de los sucesivos defectos de técnica legislativa o semánticos obrantes en la LOPJ.

⁹²⁶ Según se trate de la definición dada por los artículos 41 y 42 del Código Penal de las penas de inhabilitación absoluta y especial, respectivamente.

⁹²⁷ Dicha sentencia de 5 de diciembre de 1997 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, el cual en Sentencia de su Sala Segunda de 28 de diciembre de 1998, desestimó el recurso de casación, con lo que la anterior ganó firmeza.

inhabilitación especial para empleo o cargo público prevista en el artículo 42 del Código Penal, supone por sí misma la pérdida del empleo o cargo público sobre el que recae, sin perjuicio de que transcurrido el período establecido en la sentencia pueda obtenerse el mismo u otro cargo análogo, sin necesidad de tramitar procedimiento alguno de separación de la Carrera Judicial, dado que ello es consecuencia inherente a la propia ejecución de la pena de inhabilitación⁹²⁸.

No creemos que se pueda sostener de forma alguna que la reforma operada en 1994 excluyera de forma intencionada las penas de inhabilitación como causa de pérdida de la condición de Juez o Magistrado, y que por lo tanto desde esa fecha sólo la pena privativa de libertad por delito doloso (ya se haya cometido este en el ejercicio de la función judicial o fuera del mismo), conduce a ese resultado.

Con esta interpretación no se podría mantener y no sería congruente la posibilidad de que un Juez pierda su condición si se le condena por un delito de “conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (que se sanciona con pena privativa de libertad en el art. 379 del CP de 1995)⁹²⁹, aunque esta posibilidad de perder su condición pueda ser moderada por el CGPJ en atención al último inciso del apartado d) del art. 379.1 de la LOPJ, y no pierda dicho Juez o Magistrado su condición por un delito de prevaricación (que recordamos es la conducta más grave que puede cometer un juez, como ponen de manifiesto innumerables resoluciones judiciales), salvo en el supuesto máximo de prevaricación (que es el recogido en el apartado 1º del artículo 446 del CP)⁹³⁰ que si lleva aparejada una pena privativa de libertad (en los demás casos de prevaricación dolosa, la pena privativa de libertad o no está prevista, o dependerá de que el penado satisfaga o no la multa impuesta). Por lo tanto esta conclusión de la intencionalidad del legislador en la reforma de excluir las penas de inhabilitación como causa de la pérdida de la condición de Juez o Magistrado, no podría mantenerse ni sustentarse por ser absurda y contraria al espíritu de la reforma.

⁹²⁸ La cuestión fue tratada también en Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2006, Sala de lo Contencioso Administrativo (RJ\2006\7953), en el que se resuelve el recurso de la Juez inhabilitada, declarando su derecho al reingreso en la función jurisdiccional una vez transcurridos los cuatro años de duración de la pena impuesta.

⁹²⁹ El artículo 379 del Código Penal establece que “El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o a la de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, a la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro”.

⁹³⁰ El artículo 446 del Código Penal en su apartado primero establece que “El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 1º Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años”.

En el marco de una interpretación lógica, teleológica y sistemática del art. 379.1 d) y e) en relación con la exposición de motivos de reforma de 1994, con el resto de los preceptos del mencionado art. 379, y en relación a los demás preceptos que se ocupan de esta materia a lo largo de la Ley Orgánica, especialmente con los artículos 303 y 380, nos han de llevar a entender como supuestos de pérdida de la condición de Juez o Magistrado, todos aquellos en los que exista condena por delito doloso, cometido por el Juez en el ejercicio de las funciones de su cargo, sea cual sea la pena impuesta, privativa de libertad o privativa de derechos (y éstas ya sean impuesta como principal o accesoria) y también fuera del ejercicio de las funciones de su cargo, pero en este caso, sólo cuando la pena impuesta sea la privativa de libertad, aquilatando la norma que sea de cierta entidad, estableciendo que sea de duración superior a seis meses, es decir, aplicando dicha consecuencia a las conductas dolosas extrajudiciales más graves.

Por otro lado hemos de distinguir y diferenciar los efectos que, por su propia naturaleza, produzcan las penas impuestas a los Jueces como consecuencia de la comisión, por ellos, de hechos delictivos, cuyo alcance será el que determine el Tribunal Sentenciador en la correspondiente ejecutoria, y aquellos otros efectos que derivan de la imposición de la pena pero sólo obrantes en el plano de la relación de sujeción especial, que puede o no dar lugar a la aplicación del régimen previsto en el artículo 379 de la Ley Orgánica.

La distinción entre ambos planos ha tenido su reflejo en la jurisprudencia de la que podemos destacar la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1995 (RJ 1995\7629), y la Sentencia de 27 de octubre de 1999⁹³¹ (RJ 1999\8952).

En ocasiones ambos efectos serán idénticos, por ejemplo cuando el Tribunal condena a un Juez a la pena de inhabilitación especial, como pena principal y accesoria, y determina que la inhabilitación supone la privación definitiva del cargo de Juez. Esto significa la pérdida de la condición de Juez, por lo que basta ejecutar la pena para que se produzca el efecto y no es necesario tramitar un expediente administrativo de los regulados en el artículo 388 de la Ley Orgánica.

En otros supuestos no sucede lo referido de que ambos efectos sean idénticos, como puede ser el caso de que la ejecutoria del Tribunal fije, como alcance de la citada pena privativa de derechos, sólo la del empleo de Juez titular de un Juzgado determinado y no la privación definitiva del cargo de Juez, en cuyo caso le corresponderá al Consejo General del Poder Judicial determinar si la pena impuesta tiene o no alguna otra repercusión en el ámbito de la relación estatutaria, a través del correspondiente

⁹³¹ Esta sentencia es muy interesante, pues señala que la pérdida de la condición de funcionario como consecuencia de la imposición de una pena de inhabilitación no constituye ni una sanción disciplinaria, ni la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de una condena penal, sino simplemente la aplicación del art. 37.1 d) del Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que dispone que la condición de funcionario se pierde como consecuencia de la condena a una pena de inhabilitación absoluta o especial para cargo público, lo que es coherente con el requisito de aptitud para el acceso a la función pública exigido en la ley, (Este razonamiento del TS puede entenderse como paralelo al razonamiento al que antes nos hemos referido como existente entre los artículos 303 y 379 de la LOPJ), siendo una medida que opera como condición resolutoria que se produce automáticamente tan pronto como se produce el hecho determinante previsto en la Ley y que responde al ejercicio de las facultades administrativas en materia de personal y concretamente de las relativas a la regulación estatutaria de la relación funcional.

expediente, donde se resolverá, mediante la aplicación del art. 379 de la LOPJ, interpretado como antes hemos referido.

5.3.2. Incidencia jurisprudencial sobre la materia.

Son muchos los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia, y por lo tanto existe una gran diversidad de matices, no obstante nosotros nos vamos a centrar en las dos líneas argumentales más importantes, para llevar a cabo una exposición más sistemática y clarificadora.

En primer lugar comenzaremos con la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1996 (dictada en el recurso contencioso administrativo núm. 974/1993), que estimó el recurso interpuesto por un Magistrado contra la resolución del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 1 de diciembre de 1993, por la que se declaró la pérdida de la condición de Magistrado del recurrente, sobre la base del art. 379.1e) en relación al artículo 303 de la LOPJ, al haber sido condenado por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sentencia de 13 de julio de 1993, como autor de un delito de uso de documento privado falso, a la pena de arresto mayor, por tiempo de tres meses, y a la accesoria de suspensión de todo cargo público durante el tiempo de condena.

Aquí el Pleno del CGPJ había entendido que toda condena penal por delito doloso conllevaba necesariamente la pérdida de la condición de miembro de la Carrera Judicial. Este argumento es el que rechaza el Tribunal Supremo, llegando este órgano a la conclusión de que la reforma de 1994 introdujo una modificación que desveló que dentro de su texto no estaba comprendido el supuesto de la condena a pena privativa de libertad por delito doloso, ni en el apartado d), ni el e), y que fue necesaria la reforma para introducir dicho supuesto de hecho, y va mucho más allá la Sentencia, y en el inicio del Fundamento quinto, afirma –refiriéndose a la redacción actual, y por tanto, no formando parte de la “*ratio decidendi*”- que “tan sólo en los casos de pena privativa de libertad por delito doloso superior a seis meses se anula la pérdida de la condición de Juez o Magistrado”.

Esta sentencia rechaza la argumentación del pleno que entendía que el supuesto entraba en el apartado 379.1 e) de la LOPJ, pero no explicita el porqué, y tampoco explica que supuestos tendrían encaje en dicho apartado.

En segundo lugar y más adelante encontramos los Autos de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2001 (dictado en el recurso 2940/1997) (RJ 2001\5683), en los que este órgano jurisdiccional estableció el alcance de la pena de inhabilitación y su reflejo sobre el estatuto del Juez condenado, haciéndolo en nuestra opinión de una forma mucho más coherente con lo que es el espíritu de la Ley Orgánica.

El Tribunal Supremo vino a considerar que es efecto propio e inherente a la pena de inhabilitación la pérdida de la condición de Juez, que este efecto se produce “*ope legis*” y “*eo ipso*” sin necesidad de acudir a ningún expediente administrativo, pero tiene un indudable alcance estatutario⁹³².

⁹³² Concretamente el Fundamento de Derecho Tercero del Auto de la Sala 2ª del TS de 18 de enero de 2001 (RJ 2001\5683) dice:

“1. Una vez más hemos de acudir al artículo 42 del Código Penal, en el que se nos dice que la inhabilitación especial, no sólo produce la privación definitiva del empleo o cargo, sino también la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena.

Las expresiones utilizadas por el legislador, hay que entenderlas en sus exactos y actuales términos. Empleo es la relación que el sujeto tiene con el empleador, que en el caso de cargos públicos, no es otro que la Administración del Estado considerada en términos generales. El concepto de cargo es más anfibológico y viene a ser considerado desde la perspectiva del puesto o función pública que se desempeñaba, pero al mismo tiempo el cargo se desempeña en función de la relación de empleo de que se disfruta.

El concepto de empleo se aplica exclusivamente para los funcionarios públicos, mientras que el cargo es el adecuado para definir la situación de los que, sin el carácter o condición de permanencia y continuidad, ostentan una función pública por elección o por cualquier otra circunstancia transitoria.

En el caso de un Juez, es incuestionable que la pérdida definitiva del empleo o condición judicial, lleva aparejada la privación del cargo que se ostentaba en función de la relación de empleo con la Administración de Justicia.

Pretender que la inhabilitación especial afecta solamente al cargo y deja intacta la relación funcional o de empleo, es sostener que un Juez condenado por prevaricación solo pierde el cargo o destino y puede automáticamente pasar a otro distinto, o en su caso, ser elevado a un rango jurisdiccional superior.

Ello es así y, se deriva, sin más paliativos, de la fuerza ejecutiva de las sanciones penales previstas en el artículo 42 del Código Penal. El legislador, al regular las causas de pérdida de la condición de Jueces, se refiere, en el artículo 379 de la LOPJ, a alguna de las diversas circunstancias, no exhaustivas que la provocan.

2.- El artículo 379 d) contempla la pérdida de la condición de juez o magistrado por la condena o pena privativa de libertad por delito doloso. Ello no quiere decir que sólo los delitos dolosos que llevan aparejada la pena de privación de libertad producen la pérdida de la condición de Juez o Magistrado. Si tal cosa se entendiere sería tanto como sostener que el delito de prevaricación judicial, que lleva aparejada la pena de inhabilitación especial y multa, tiene un trato privilegiado, lo que nos llevaría al absurdo de pensar que nos encontramos ante una conducta delictiva, incisamente incentivada y privilegiada por el legislador.

La Ley Orgánica dedica un Título independiente, el III del Libro IV a la responsabilidad penal de los Jueces y Magistrados por los delitos cometidos en el ejercicio de las funciones de su cargo y analizando sus artículo (405 a 410) no se encuentra ninguna regulación especial para llevar a efecto la ejecución de las penas impuestas en exigencia de esa responsabilidad penal, ni existen disposiciones específicas para llevar a cabo la rehabilitación.

Estas carencias quieren decir que el legislador admite y comprende que el proceso penal es el campo adecuado, en el que se debe cumplir y ejecutar una pena como la de inhabilitación especial, cuyo contenido legal y taxativo se contiene en el artículo 42 del Código Penal, y permanece incólume produciendo sus efectos de forma autónoma y por imperativo legal”.

6. DEBERES DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS.

Entiende SANCHEZ MORÓN⁹³³, que por regla general la doctrina jurídica de nuestro país se ha ocupado más de estudiar los derechos que los deberes de los funcionarios, obviando que los deberes no carecen de importancia por distintas razones. En primer lugar porque desde el punto de vista institucional o del interés público la regulación de los deberes pretende proteger determinados bienes jurídicos que también tienen su espacio entre los principios constitucionales (la eficacia, la imparcialidad, el respecto a los derechos del ciudadano...), en segundo lugar y desde el punto de vista del funcionario, porque la infracción de los deberes lleva normalmente aparejada la posibilidad de imposición de una sanción y de ahí que, en términos de garantía, sea también necesario precisar el contenido y alcance de cada deber, y en tercer lugar, desde una perspectiva dogmática, porque el listado de deberes de los funcionarios y su regulación legal, en la actualidad no tiene la claridad y nitidez que sería necesaria o que todos deseáramos.

6.1. La desaparición del deber de Excedencia forzosa.

La excedencia forzosa era regulada en su origen en el antiguo artículo 356.1 de la LOPJ, que decía que la excedencia forzosa se producía por supresión de la plaza de la que fuera titular el Juez o Magistrado, cuando significara el cese obligado en el servicio activo. A este único supuesto existente en un principio, se introdujo por reforma de la LOPJ de 1985 operada por la Ley Orgánica 5/1997, dos nuevos supuestos, los previstos también en el antiguo 357.4 y 357.5 de la LOPJ que señalaban que los miembros de la Carrera Judicial que desearan participar como candidatos en elecciones para acceder a cargos públicos representativos de ámbito europeo, general, autonómico o local, deberían solicitar la excedencia voluntaria, quedando en esa situación en el caso de que fueran elegidos.

En caso contrario, si no fuesen elegidos, quedarían en situación de excedencia forzosa durante tres años, durante los cuales no podrán reingresar al servicio activo, salvo que obtuvieran, mediante concurso, plaza o destino en que no haya de ejercerse la potestad jurisdiccional, y en dicha plaza o destino habrían de permanecer hasta completar los referidos tres años.

Este mismo régimen de excedencia forzosa de tres años también les era de aplicación a los Jueces y Magistrados que finalizarán su mandato como miembros de Cámaras y Asambleas Legislativas o de Corporaciones municipales y a los que cesarán en el desempeño de cargos políticos o de confianza, distintos de los relacionados en el art. 352 LOPJ.

La introducción de estos dos supuestos especiales fueron justificados por la exposición de motivos de la ley que los incorporó diciendo que con estas medidas y con otras⁹³⁴ se trata de “reforzar la protección de esos valores de la Administración de

⁹³³ SANCHEZ MORON, M., *Derecho de la Función Pública*, Madrid, 2004, Op. Cit. pág. 260.

⁹³⁴ Como por ejemplo la implantación de un estatuto especial para los Magistrados del Tribunal Supremo.

Justicia – la independencia y la imparcialidad de los miembros de la Carrera Judicial- y evitar al máximo lo que pueda objetivamente perjudicarlos (a estos dos valores constitucionalmente consagrados) o dejarlos en entredicho ante la opinión pública”, por ello introduce la ley un mayor distanciamiento entre el quehacer público y no judicial y el ejercicio de la potestad jurisdiccional⁹³⁵.

En ese sentido hemos de recordar aquí lo que señalaba PEREZ ROYO⁹³⁶, diciendo que “el legislador, al regular dentro de la “Carrera Judicial” las “situaciones del juez”, no puede perder de vista que el juez es en primer lugar poder judicial y en segundo un funcionario público sui generis. En consecuencia la regulación de las situaciones (administrativas, por así decirlo) del Juez” dentro de la “Carrera Judicial”, tienen que estar siempre subordinadas a su definición como poder del Estado. Únicamente aquellas “situaciones” que sean compatibles con la definición del Poder Judicial serán constitucionalmente admisibles, en tanto que no lo serán aquellas que sean incompatibles con dicha definición”. Por ello, continuaba PEREZ ROYO, conectando esto con el juez ordinario predeterminado por la ley diciendo que este, el juez ordinario predeterminado por la ley, es un instrumento del que dispone el ciudadano para la defensa de todos sus derechos, y a ello responde la configuración orgánica del Poder Judicial en el Título VI y a la que tiene que responder el desarrollo legislativo del mismo, y en especial la regulación de la “Carrera Judicial”, siendo el punto de partida y de llegada para la comprensión del poder judicial y del estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados que lo integran el ciudadano y sus derechos, y por ello para el respecto al derecho al juez legal o juez natural, había que evitar que el juez pudiera elegir los casos de los que va a conocer, (decidiendo en un momento concreto y con circunstancias muy concretar su incorporación al servicio activo) y por ello el legislador en la reforma de la LOPJ 5/1997, impone una excedencia forzosa durante tres años.

Actualmente y tras la reforma operada en la LOPJ con la LO 19/2003, no se prevé el supuesto originario de excedencia forzosa por supresión de la plaza de la que fuera titular el Juez o Magistrado, cuando signifique el cese obligado en el servicio activo. Y asimismo subsume los supuestos especiales a los que antes nos hemos referido en el apartado f) y b) del artículo 356⁹³⁷.

⁹³⁵ Vid. Parágrafo II de la exposición de Motivos de la LO 5/1997 de 4 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁹³⁶ PEREZ ROYO, J., *Servicios Especiales en la Carrera judicial: sobre la anticonstitucionalidad de los artículos 351 a 353 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*. LA LEY, nº 1, 1995, págs. 964.

⁹³⁷ El artículo 356 de la LOPJ señala que “Procederá declarar en la situación de excedencia voluntaria, a petición del Juez o Magistrado, en los siguientes casos;

.....b) Cuando pase a desempeñar cargos o prestar servicios en organismos o entidades del sector público, y no le corresponda quedar en otra situación. En este supuesto, producido el cese en el cargo o servicio, deberá solicitar el reingreso en el servicio activo en el plazo máximo de diez días a contar desde el siguiente al cese. De no hacerlo así se le declarará en situación de excedencia voluntaria por interés particular.

.....

.....f) Cuando sea nombrado para cargo político o de confianza salvo los supuestos enunciados en el artículo 351, o cuando se presente como candidato en elecciones para acceder a cargos públicos representativos en el Parlamento Europeo, Congreso de los Diputados, Senado, Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o Corporaciones locales. De no resultar elegido, deberá optar, comunicándolo así al Consejo General del Poder Judicial, en el plazo de treinta días, por continuar en la situación de excedencia voluntaria o por reingresar en el servicio activo.”

En la exposición de motivos de esta LO 19/2003, no hay mención especial a estas modificaciones, se dice sólo de forma genérica que “Se introducen modificaciones en el régimen de situaciones administrativas, demandadas por la experiencia de los últimos años, mereciendo destacarse las relativas a los Magistrados del Tribunal Supremo, con un estatuto más riguroso, que se justifica por la especialidad y trascendencia de su labor. En este mismo orden de cosas se incorpora al Estatuto de Jueces y Magistrados la normativa del régimen común relativa a la conciliación de la vida familiar con la actividad profesional”.

Así pues hemos de entender que, a la luz de esta exposición de motivos, en relación con la referida a la de la LO 5/1997, en lo que afecta a las situaciones administrativas de Jueces y Magistrados, el legislador ha considerado que la experiencia de los últimos años ha demostrado la ineficacia e inutilidad de obligatoriedad de la excedencia forzosa por tres años para los supuestos antes mencionados como reforzamiento de la independencia y la imparcialidad de los miembros de la Carrera Judicial.

Quizás el legislador ha valorado que dicho supuesto no es posible que se dé por cuanto el juez o Magistrado al que se le hubiera suprimido la plaza, no estaría obligado al cese en el servicio activo pasando a una suerte de adscripción del tipo de juez adjunto, pero con preferencia sobre los mismos. En este sentido es clarificador el art. 358.3 de la LOPJ, que refiere que los que se encuentren en situación de excedencia a la que se refiere el párrafo f) del artículo 356, en caso de que soliciten el reingreso al servicio activo, quedarán adscritos al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de su último destino teniendo preferencia para obtener puesto de su categoría en la provincia, o en su defecto, Comunidad Autónoma de dicho último destino.

No obstante lo anteriormente referido, hemos de decir que en el desarrollo reglamentario de esta materia, que como hemos comentado anteriormente, no se ha adaptado a las sucesivas modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si prevé en el art. 210 del RCJ este supuesto de excedencia forzosa señalando que “1. La excedencia forzosa se producirá por supresión de la plaza de que sea titular el Juez o Magistrado, cuando signifique el cese obligado en el servicio activo (art. 356.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). 2. Los excedentes forzosos gozarán de plenitud de sus derechos económicos y tendrán derecho al abono, de todos los efectos, del tiempo transcurrido en dicha situación (art. 356.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).”

Pero hemos de entender que si el supuesto no es previsto por la Ley orgánica, este desarrollo reglamentario no tiene virtualidad alguna, y por lo tanto el capítulo V, dedicado a la excedencia forzosa del título XI del RCJ 1/1995 de 7 de junio carece de sentido.

Por lo que se refiere al apartado 4 y 5 del art. 357 de la LOPJ en la redacción que le fue dada al mismo por la Ley Orgánica 5/97 que introdujo estos dos nuevos supuestos de excedencia forzosa, y que como ya hemos dicho tras la LO 19/2003 se subsumen en los apartados f) y b) del actual artículo 356, conlleva importantes modificaciones. En primer lugar en el apartado f) se prevé que de no resultar elegido, podrá optar en el plazo de treinta días, comunicándose al CGPJ, por continuar en la situación de

excedencia voluntaria o por reingresar en el servicio activo, por lo tanto como vemos desaparece la obligación anterior de estar tres años en situación de excedencia forzosa. Y con respecto al apartado b) el mismo prevé que una vez producido el cese en el cargo o servicio, “...Deberá solicitar el reingreso en el servicio activo en el plazo máximo de diez días a contar desde el siguiente al cese. De no hacerlo así se le declarará en situación de excedencia voluntaria por interés particular”. Por lo tanto tampoco les es de aplicación la excedencia forzosa por plazo de tres años antes referida.

En definitiva los supuestos a los que nos referimos se han reconvertido en excedencias voluntarias de las reguladas en el art. 357 de la LOPJ, y por lo tanto le es de aplicación lo dispuesto en el art. 358 del mismo texto legal, es decir el Magistrado o Juez, mientras se encuentra en esa situación no devengará retribuciones ni le será computado el tiempo que haya permanecido en tal situación a efectos de ascenso, antigüedad y derechos pasivos, con excepción de las excedencias para el cuidado de hijos y para atender a un familiar.

Como vemos se trata de una situación y un régimen mucho más exigente que para los funcionarios en general, que se justifica en base al estatuto jurídico específico con el que cuenta los Jueces y Magistrados por la especialidad de la función que desarrollan.

6.2. Deber de Residencia.

El deber de residencia de los jueces y magistrados se regulaba, hasta la publicación de la LO 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que lo dejó sin contenido, por el art. 370 de la LOPJ, que disponía que los jueces y magistrados han de residir en la población donde tenga su sede el Juzgado o Tribunal en el que estén destinados, no pudiendo ausentarse de la circunscripción⁹³⁸ en que ejerzan sus funciones, salvo cuando lo exija el cumplimiento de sus deberes judiciales o usen de licencia o permiso. Habida cuenta que el mencionado precepto ha sido dejado sin contenido, para el estudio del deber de residencia nos habremos de atener a lo dispuesto en el artículo 229 y 230 del Reglamento de la Carrera Judicial.

Así pues hemos de decir que el artículo 230.1 del Reglamento de la Carrera Judicial añade un supuesto más de ausencia permitida, a los señalados por el antiguo art. 370.1 de la LOPJ (cumplimiento de los deberes judiciales, y cuando usen de licencia o permiso), y este no es otro que cuando “lo exija el cumplimiento de funciones gubernativas”⁹³⁹.

Conforme al artículo 229 del Reglamento de la Carrera Judicial se establecen las autorizaciones y en este sentido prevé que las Salas de Gobierno de los respectivos tribunales podrán autorizar por causas justificadas la residencia en lugar distinto,

⁹³⁸ Podríamos destacar aquí que parece que le legislador incurre en un error puesto que parece asimilar el concepto de sede al de circunscripción, cuando el primero se ha de referir exclusivamente a la ciudad “población” en que se encuentra el Juzgado o Tribunal, y la segunda al ámbito territorial del órgano jurisdiccional en cuestión. Los artículos 229 y 230 del Reglamento de la Carrera Judicial que desarrollan este aspecto, no incurrir en este error.

⁹³⁹ Establece el 230.1 del RCJ que “Los jueces y magistrados no podrán ausentarse de la circunscripción en que ejerzan sus funciones, excepto cuando lo exija el cumplimiento de sus deberes judiciales o de funciones gubernativas, o usen de licencia o permiso”.

siempre que sea compatible con el exacto cumplimiento de las tareas propias del cargo, y asimismo el otorgamiento de estas autorizaciones se pondrán en conocimiento, en cada caso, del Consejo General del Poder Judicial⁹⁴⁰.

Como vemos, la autorización está pues sometida a un doble condicionante, por un lado la alegación de causas justificadas, y por otro lado el que el cambio de residencia no afecte al servicio⁹⁴¹.

Las Salas de Gobierno han de comunicar al Consejo General del Poder Judicial las autorizaciones que concedan, siendo la Comisión Permanente del Consejo el órgano que conoce de estas comunicaciones. Son los Jueces y Magistrados los que han de alegar las causas justificativas, aunque hay que señalar que no se está exigiendo por parte del CGPJ especial rigor, por lo que suele bastar una alegación genérica, proximidad y buenas comunicaciones entre ambas poblaciones. Como señala VIVAS⁹⁴² “Hoy en día hay mucha mayor permisibilidad para establecer la residencia a una distancia razonable, con autorización de la Sala de Gobierno correspondiente de conformidad con el artículo 229 del Reglamento 1/1995 de la Carrera Judicial si se acredita que la residencia en lugar distinto de la ubicación de juzgado va a permitir el exacto cumplimiento de las funciones propias del cargo y siempre que esté debidamente atendido el servicio de guardia, pernoctando durante el mismo en dicha población, y cumpliendo la puntual celebración de las vistas señaladas y las horas de audiencia”.

Por lo que se refiere a las ausencias permitidas que se recogen en el artículo 230.2 y 230.3 del RCJ, hemos de decir que entendemos que el cumplimiento de deberes judiciales como justificación de la ausencia de la circunscripción deriva de lo recogido en el art. 275 de la LOPJ⁹⁴³, y el cumplimiento de los deberes gubernativos se refiere a los desplazamientos de Jueces y Magistrados a las Salas de Gobierno que correspondan, a las reuniones de Jueces y Magistrados de una misma provincia o Comunidad Autónoma, y a los desplazamientos precisos para realizar visitas de inspección⁹⁴⁴.

⁹⁴⁰ Como vemos el art. 229 del Reglamento de la Carrera Judicial es más preciso que el antiguo artículo 370.2 de la LOPJ, hoy sin contenido, pues el primero habla de “Las Salas de Gobierno de los respectivos Tribunales”, siendo esta una expresión que permite incluir a las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia sin que por ello se incurra en ninguna extralimitación, mientras que el antiguo art. 370.2 de la LOPJ hablaba de “La Sala de Gobierno del Tribunal del que dependan...”, haciéndolo en unos términos muy genéricos.

⁹⁴¹ Hay supuestos en los que existiendo la autorización, no se permitirá la ausencia de la población como por ejemplo cuando se trate del Juez de Instrucción que se encuentre de guardia, y por lo tanto ha de atender este servicio (Reglamento 5/1995 de 7 de junio de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones judiciales).

⁹⁴² VIVAS, A.; “*La vinculación del juez a un ámbito geográfico y la conciliación de su vida familiar y profesional*”, Jueces para la Democracia, nº 55, marzo 2006, pág. 29.

⁹⁴³ El art. 275 LOPJ refiere que “No obstante, podrán los Jueces realizar cualesquiera diligencias de instrucción penal en lugar no comprendido en el territorio de su jurisdicción cuando el mismo se hallare próximo y ello resultare conveniente, dando inmediata noticia al Juez competente. Los Jueces y Tribunales de otros órdenes jurisdiccionales podrán también practicar diligencias de instrucción o prueba fuera del territorio de su jurisdicción cuando no se perjudique la competencia del Juez correspondiente y venga justificado por razones de economía procesal”.

⁹⁴⁴ Véase art. 170.3, y 171.3 de la LOPJ. El primero de estos preceptos prevé la posibilidad de que puedan “...reunirse los jueces de una misma provincia o comunidad autónoma, presididos por el más antiguo en

Por otro lado el mencionado art. 230.2 del RCJ en su apartado segundo refiere “que no se consideran ausencias a los efectos de este artículo los desplazamiento fuera de su sede que efectúen los Magistrados o Jueces que no sean únicos o no se encuentren de guardia, desde el final de las horas de audiencia del sábado o víspera de fiesta, hasta el comienzo de la audiencia del primer día hábil siguiente”⁹⁴⁵. Y asimismo en el último apartado de este precepto, se dispone que tampoco se considerarán ausencias los desplazamientos que, en semanas alternas, realicen los jueces de Primera Instancia e Instrucción en servicio de guardia permanente, o el titular del Registro Civil exclusivo único, desde el final de las horas de audiencia del sábado hasta el comienzo de la audiencia del primer día hábil siguiente, salvo resolución motivada en contra del Presidente del Tribunal Superior de Justicia. En todo caso, y a tal efecto, las Salas de Gobierno proveerán sobre el oportuno sistema de sustituciones de conformidad con lo establecido en los artículos 210 y siguientes de la LOPJ y lo dispuesto en el Reglamento sobre Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales.

Por último hemos de señalar que el deber de residencia o como llama VIVAS⁹⁴⁶ “la vinculación del juez a un ámbito geográfico” tiene una fuerte imbricación con la conciliación de la vida familiar y profesional razón por la cual en su opinión se produjo y fue introducida una modificación regulando mediante acuerdo reglamentario el concurso de forma condicionada por razones de convivencia familiar, concretada en el Acuerdo del CGPJ 1/2004 de 25 de febrero que incorporó el párrafo 4º en el artículo 182 del Reglamento 1/1995⁹⁴⁷, y que al menos empezaba a consolidar un derecho de reagrupamiento. En la actualidad dicho apartado 4º del artículo 182 del RCJ ha vuelto ha quedar reducido a su primer inciso es decir que “las solicitudes que se formulen en forma condicionada o no aparezcan redactadas con claridad, carecerán de validez”, ahora bien podríamos entender en una interpretación extensiva que el segundo inciso del apartado cuarto del artículo 182 del RCJ queda subsumido en lo dispuesto en el art. 180 bis del RCJ que dispone que “1. Salvo la estricta antigüedad escalafonal en la categoría

el destino, para tratar aquellos problemas que les sean comunes”. Y el segundo de los preceptos prevé que “El Consejo o su Presidente, cuando lo consideren necesario, podrán ordenar que el Servicio de Inspección dependiente de aquél, o los Presidentes, magistrados o jueces de cualquier Tribunal o Juzgado, realicen inspecciones a juzgados o tribunales o recaben información sobre el funcionamiento y el cumplimiento de los deberes del personal judicial”.

⁹⁴⁵ Véase en este sentido el art. 230.2 del Reglamento de la Carrera Judicial, y el art. 230.3 de dicho Reglamento que, en base a un buen sistema de sustituciones entre jueces, permite la ausencia de los Jueces de Primera Instancia e Instrucción en semanas alternas y de los Jueces Encargados del Registro Civil Exclusivo en término similares a los señalados en el art. 370.3 LOPJ, salvo resolución motivada en contra del Presidente del Tribunal Superior de Justicia.

⁹⁴⁶ VIVAS, A., op. cit. pág. 27.

⁹⁴⁷ En concreto el párrafo cuarto del mencionado artículo 182 del reglamento 1/995 de la Carrera Judicial señalaba que “Las solicitudes que se formulen en forma condicionada o no aparezcan redactadas con claridad, carecerán de validez.

No obstante en el supuesto de que dos Jueces o Magistrados estén interesados en las vacantes que se anuncien en un determinado concurso podrán condicionar sus peticiones, por razones de convivencia familiar, al hecho de que ambos obtengan destino en dicho concurso, entendiéndose, en caso contrario, anulada la petición efectuada por ambos. Quienes se acojan a esa petición condicional deberán concretarlo en su instancia y acompañar fotocopia de la petición del otro interesado”.

de que se trate, que será apreciada de oficio por el Consejo General del Poder Judicial, los Jueces y magistrados que pretendan acceder a cualesquiera destinos de la Carrera Judicial habrán de alegar y, en su caso, fundamentar la concurrencia de las condiciones, méritos, y preferencias que pretendan hacer valer. Si no lo hicieren, no será tenido en cuenta más mérito que la antigüedad escalafonal y en el orden jurisdiccional. 2. Sin perjuicio de lo establecido en la letra f) del artículo 35 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, cuando las condiciones, méritos y preferencias alegados no consten documentalmente en los archivos del Consejo General del Poder Judicial, quien los alegue deberá acompañar a su solicitud la acreditación documental correspondiente”.

6.3. Deber de asistencia al órgano judicial y deber de audiencia.

Por lo que se refiere al deber de asistencia al órgano judicial nuestra legislación configura el mismo concretándolo en un sentido positivo y en un sentido negativo.

Recordemos que en cuanto al ejercicio de las actividades procesales propias de los Tribunales que inciden sobre su funcionamiento, la LOPJ determina el período ordinario para su realización, que se extiende desde el día 1 de septiembre hasta el 31 de julio del año natural siguiente; es el *año judicial* (art. 179 LOPJ). Durante éste, las actuaciones judiciales habrán de practicarse en días y horas hábiles (art. 182 LOPJ).

Todos los días hábiles, los Juzgados y Tribunales celebrarán audiencia pública para la realización de actividades jurisdiccionales; práctica de pruebas, vistas de los pleitos o asuntos (procesos civiles y laborales), recursos (procesos administrativos) y causas (procesos penales) y comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución (Cfr. arts. 137.1 LEC y 186 LOPJ)⁹⁴⁸. Con audiencia pública, en sentido amplio, se expresa el tiempo o la sesión que en días y horas hábiles han de dedicar los Jueces (en el Juzgado) y los Magistrados (en las Salas y Audiencias Provinciales, o en las respectivas Secciones) a las actividades procesales con asistencia personal de las partes (e interesados) o por medio de sus representantes, Procuradores, Graduados Sociales o Abogados, y del personal secretarial correspondiente.

En ambos casos, considerando que los jueces y magistrados deberán ejercer su actividad en los términos que exijan las necesidades del servicio (art. 189.2 LOPJ), se señalarán por los Presidentes y los Jueces las horas de audiencia pública que sean necesarias para la realización de las citadas actividades, así como para garantizar que la tramitación de los procedimientos se produzca sin dilaciones indebidas, con un límite

⁹⁴⁸ El art. 186 de la LOPJ dice que la publicación de las Sentencias se realizará en audiencia pública. En cambio, el art. 212 (publicación y archivo de las sentencias), apdo. 1, de la LEC dispone: “Las sentencias y demás resoluciones definitivas, una vez extendidas y firmadas por el Juez o por todos los Magistrados que las hubieran dictado, serán notificadas y archivadas en la Secretaría del Tribunal, dándoseles publicidad en la forma permitida u ordenada por la Constitución y las leyes”. Pero la remisión a la Constitución (art. 120.3) y las leyes (Cfr. Art. 186 y 205 número 6, LOPJ; 147.5º LECr) es demasiado genérica, pues el pronunciamiento de las sentencias no forma parte del contenido de la audiencia pública en la LEC (Cfr. Art. 138 (publicidad de las actuaciones orales), apdo. 1; Vid. También 210.1) ni es un deber del Magistrado ponente (art. 181 LEC -funciones del Magistrado Ponente-).

Por su parte el art. 137.1 de la LEC dispone que “Los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presentarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente”.

mínimo de cuatro horas durante todos los días hábiles. Los jueces, los magistrados que haya de formar Sala y los Presidentes, asistirán cada día a la audiencia pública de no mediar causa justificada. El horario de audiencia pública se dará a conocer por el Presidente o Juez a través de un edicto fijado ostensiblemente en la parte exterior de las Salas de los Juzgados y Tribunales (art. 10.3, 11.1 y 12 R.A.A.)⁹⁴⁹

Una vez destacado, en un sentido positivo, el deber de asistencia de los jueces y magistrados al órgano judicial, hemos de referirnos en sentido negativo a dicha obligación que vemos reflejada en distintos preceptos de la LOPJ, de tal manera que el no cumplimiento de la obligación comporta una falta disciplinaria, en este sentido el art. 417.10 que señala como falta muy grave “El abandono de servicio o la ausencia injustificada y continuada, por siete días naturales o más, de la sede del órgano judicial en que el Juez o Magistrado se halle destinado”, o el art. 418.9 que califica como falta grave “El abandono del servicio o la ausencia injustificada y continuada por más de tres días naturales y menos de siete de la sede del órgano judicial en que el Juez o Magistrado se halle destinado”, o también el art. 419.4 que establece como falta leve “La ausencia injustificada y continuada por más de un día natural y menos de cuatro de la sede del órgano judicial en que el Juez o Magistrado se halle destinado”.

A su tratamiento como falta disciplinaria, nos remitimos a la primera parte de este trabajo donde nos ocupamos de la cuestión al tratar las faltas derivadas de la condición funcional del Juez dentro del apartado dedicado a la tutela de la función jurisdiccional por el sistema de responsabilidad disciplinaria.

- **Deber de audiencia.**

Por lo que se refiere al deber de audiencia, hemos de decir que el horario de audiencia que es fijado por los Jueces y los Presidentes de los Tribunales, ha de ser como mínimo de cuatro horas durante todos los días hábiles, y en todo caso habrán de

⁹⁴⁹ El art. 10.3 del Reglamento 1/2005 de 15 de agosto de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, dispone que “Las horas de audiencia pública que señalen los Presidentes de los Tribunales y los Jueces serán las necesarias para la realización de las actividades señaladas en los apartados anteriores, así como para garantizar que la tramitación de los procesos se produzca sin dilaciones indebidas y que la celebración de los actos y vistas señalados se lleve a cabo sin retrasos, debiendo ajustarse a los siguientes límites:

- a) El límite mínimo de audiencia pública será el de cuatro horas durante todos los días hábiles.
- b) Excepcionalmente, cuando las necesidades o circunstancias que concurran en algún órgano judicial así lo requieran, podrá solicitarse del Consejo General del Poder Judicial, la reducción del horario de audiencia pública por tiempo determinado. La propuesta habrá de formularse por el Presidente o el Juez de forma motivada e incorporando cuantos antecedentes considere oportunos.”

Por su parte el art. 11.1 del R.A.A. dispone que “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el horario de audiencia pública se dará a conocer por el Presidente o el Juez a través de un edicto fijado ostensiblemente en la parte exterior de las Salas de los Juzgados y Tribunales”.

Y por último el artículo 12 del R.A.A. señala que “1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Jueces y los Presidentes, o quienes les sustituyan, asistirán cada día a la audiencia pública de no mediar causa justificada. 2. Los Magistrados que hayan de formar Sala asistirán igualmente a la audiencia de no mediar causa justificada. 3. Unos y otros deberán justificar la causa de su inasistencia al Presidente del Tribunal o Audiencia. 4. Además los Jueces y Magistrados deberán asistir a su despacho oficial cuando las necesidades del servicio lo requieran”.

ser las necesarias para celebrar las audiencias públicas, la práctica de pruebas, las vistas de los pleitos y causas, la publicación de las sentencias dictadas, el despacho ordinario de asuntos y la atención de los profesionales y el público, y para garantizar que la tramitación de los procesos se produzcan sin dilaciones indebidas⁹⁵⁰.

El horario de audiencia se comunicará al CGPJ y se dará a conocer a través de un edicto expuesto en el exterior de las Salas de los Juzgados y Tribunales. Dicho horario ha de ser respetado por los Jueces y Magistrados (art. 188 LOPJ), que habrán de asistir a la audiencia salvo causas justificadas, como son las ausencias permitidas y la situación de enfermedad (art. 374 LOPJ)⁹⁵¹. En caso contrario, el incumplimiento del horario de audiencia pública y la inasistencia a los actos procesales con audiencia pública que estuvieran señalados, si la causa fuere injustificada el Juez o Magistrado incurrirá en falta grave o muy grave (art. 418.9 LOPJ)⁹⁵².

Hemos de señalar también que de la regulación de esta materia parece diferenciarse entre Jueces, Presidentes y Magistrados que hayan de formar Sala por una parte, y Magistrados que no hayan de formar Sala por otra parte, para estos últimos parece deducirse de la regulación de la materia que no tienen el deber de asistir a la audiencia⁹⁵³, puesto que el art. 188.2 solo señala que asistirá a la audiencia, de no mediar causa justificada, los Jueces y Magistrados que formen Sala.

6.4. Deber de fidelidad a la constitución.

Los Jueces y Magistrados, antes de posesionarse del primer destino, y cuando vayan a posesionarse de destino que implique ascenso de categoría en la carrera judicial, han de prestar juramento o promesa de "... guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución..." (Cfr. art. 318.1 y 318.2 LOPJ)⁹⁵⁴. Dicho deber se recoge específicamente en el artículo 5.1 LOPJ señalando que "1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios

⁹⁵⁰ Vid. artículo 186 de la LOPJ. Así como los artículos 9 a 12 del Reglamento 5/1995 que regulan esta materia.

⁹⁵¹ El art. 374 de la LOPJ dispone que "El que por hallarse enfermo no pudiera asistir al despacho, lo comunicará al Presidente del que inmediatamente dependa, y de persistir la enfermedad más de cinco días, tendrá que solicitar licencia acreditando aquella y la previsión médica sobre el tiempo preciso para su restablecimiento".

⁹⁵² Art. 418 LOPJ "Son faltas graves...9. El abandono del servicio o la ausencia injustificada y continuada por más de tres días naturales y menos de siete de la sede del órgano judicial en que el Juez o Magistrado se halle destinado".

⁹⁵³ En todo caso, los Jueces y Magistrados deberán acudir a su despacho oficial cuando las necesidades del servicio lo requieran.

⁹⁵⁴ En concreto dispone el artículo 318 de la LOPJ lo siguiente "1. Los miembros de la Carrera Judicial prestarán, antes de posesionarse del primer destino, el siguiente juramento o promesa: "Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, lealtad a la Corona, administrar recta e imparcial justicia y cumplir mis deberes judiciales frente a todos". 2. El mismo juramento o promesa se prestará ante de posesionarse del primer destino que implique ascenso de categoría en la Carrera".

constitucionales, conforme a la interpretación de los mismo que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

El incumplimiento consciente de este deber de fidelidad a la Constitución establecido en el artículo 5.1 de la LOPJ, cuando así se apreciara en Sentencia firme, constituye una falta disciplinaria muy grave (Cfr. art. 417.1 LOPJ redactado por la LO 16/1994 de 8 de noviembre),⁹⁵⁵ y a ella nos hemos referido en la primera parte de este trabajo al ocuparnos de las injerencias de los órganos de gobierno del Poder Judicial por vía de las normas disciplinarias en la independencia de Jueces y Magistrados, y asimismo nos hemos ocupado del tema al tratar la tutela de la función jurisdiccional por el sistema de responsabilidad disciplinaria.

A juicio del Tribunal Supremo el incumplimiento consciente exige reiteración en la conducta judicial, y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2002, dice que existirá indiciariamente esta infracción cuando “se constata en numerosas ocasiones una situación de indefensión, por vulneración de derechos constitucionales, detallándose las circunstancias concurrentes que daban lugar a que pudiese pensarse, con sólidas razones, que existía una infidelidad a los principios constitucionales por parte del Juez expedientado, susceptible de ser tipificada en la falta disciplinaria muy grave prevista en el artículo 417.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, destacando los numerosos procesos en que sucedía la inobservancia por el Juez de las pautas judiciales marcadas por el órgano de segunda instancia, la falta de fundamentación de resoluciones, así como la omisión o supresión de trámites, a raíz de singulares concepciones del procedimiento”.

Este deber de fidelidad a la constitución es esencial en el ejercicio de la función jurisdiccional por cuanto que la Carta Magna no sólo es la norma suprema del ordenamiento jurídico, sino que también es la norma en la que se fundamenta el poder judicial. En definitiva la Constitución no sólo es el fundamento del Estado de Derecho, sino también la norma preeminente del Derecho del Estado.

No obstante hemos de tener en cuenta, como nos dicen VACAS GARCÍA-ALOS y MARTIN MARTIN⁹⁵⁶, que la sentencias de la Sala Tercera, sección 7ª del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2002 (RJ 2002\10511) y 17 de marzo de 2003 (RJ 2003\3115) declaran que no toda infracción de los preceptos constitucionales a través de una resolución judicial constituyen incumplimiento del deber de fidelidad a la CE, encuadrable en el ilícito disciplinario del artículo 417.1 LOPJ, puesto que para activar este se exige unas conductas manifiestamente contrarias a lo que la CE es y representa, así como a los principios del sistema democrático de gobierno que instituye. Por ello, y según las referidas sentencias, para evitar que cualquier infracción del texto constitucional pueda ser calificada como falta muy grave del mencionado precepto 417.1 LOPJ es necesario que se esté en presencia de un incumplimiento manifiesto y

⁹⁵⁵ Dispone el art. 417.1 de la LOPJ que son faltas muy graves “1. El incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución establecido en el artículo 5.1 de esta Ley, cuando así se apreciare en sentencia firme”.

⁹⁵⁶ VACAS GARCIA ALOS, L., y MARTIN MARTIN, G., *Manual de Derecho Judicial*, Op. Cit. pag. 90 y 91.

consciente de dicho deber de fidelidad que, además, haya sido apreciado así mediante sentencia firme.

Por último destaquemos la circunstancia de que en el mencionado 417.1 LOPJ el legislador contempla el ilícito disciplinario de incumplimiento del deber de fidelidad a la CE con mayor amplitud que en la regulación para los funcionarios públicos del artículo 31.1. a) de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, habida cuenta que en este último precepto el incumplimiento de dicho deber de fidelidad queda limitado al ejercicio de la función pública⁹⁵⁷.

6.5. Deber de respeto.

Nos remitimos aquí a lo dispuesto en la primera parte de este trabajo, y en concreto al estudio que sobre este tema, el deber de respeto, hacemos al ocuparnos de las faltas derivadas de la condición funcional del juez en el epígrafe en el que tratamos la tutela de la función jurisdiccional por el sistema de responsabilidad disciplinaria. No obstante dejemos dicho aquí que en la LOPJ no hay un enunciado general o enumerativo de los deberes profesionales de Jueces y Magistrados. Por lo que se refiere al deber de respeto que incumbe a Jueces y Magistrados (artículos 418.1 y 419.1 de la LOPJ)⁹⁵⁸, hemos de recordar lo que dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1999 (RJ 1999\6916), en el sentido que el régimen disciplinario no protege los derechos individuales de Jueces y Magistrados, entre ellos el derecho al honor, puesto que esta Tutela la realizan los derechos civil y penal, lo que protege el sistema disciplinario es el buen orden del poder Judicial. Tanto en su funcionamiento interno como en la proyección de la imagen externa con la que ha de aparecer ante la sociedad para cumplir con las exigencias constitucionales derivadas de la función pública.

El deber de respeto de Jueces y Magistrados se refiere en relación con sus superiores, o con cualquier otra persona que se relaciona con ellos en el ejercicio de sus funciones, ya sea con carácter general, por posición institucional, por ser profesionales de la justicia, o ser colaboradores de la justicia. En este sentido podemos ver como se considera falta grave la falta de respeto a los superiores en el orden jerárquico, en su presencia, en el escrito que se les dirija o con publicidad (art. 418.1 LOPJ), también se considera falta grave el exceso o abuso de autoridad, o falta grave de consideración respecto de los ciudadanos, instituciones, secretarios, médicos forenses o del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, de los miembros del Ministerio Fiscal, abogados y procuradores, graduados sociales y funcionarios de la Policía judicial (art. 418.5 LOPJ), y se reputan faltas leves la falta de respeto a los superiores jerárquicos cuando no concurren las circunstancias que calificarían la conducta de falta grave (art. 419.1 de la LOPJ), o la desatención o desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico, con los ciudadanos, los miembros del Ministerio

⁹⁵⁷ Asimismo se puede ver sobre el deber de fidelidad a la Constitución lo dispuesto en el art. 52 y 53.1 del Estatuto básico del Empleado Público aprobado por Ley 7/2007 de 12 de abril, que corrobora lo aquí dicho sobre la mayor amplitud del supuesto previsto en el art. 417.1 LOPJ respecto de la regulación general de la función pública al respecto.

⁹⁵⁸ Califica el art. 418.1 de la LOPJ como falta grave “La falta de respeto a los superiores en el orden jerárquico, en su presencia, en escrito que se les dirija o con publicidad.”, por su parte el 419.1 de la LOPJ determina como falta leve “1. La falta de respeto a los superiores jerárquicos cuando no concurren las circunstancias que calificarían la conducta de falta grave”.

Fiscal, médicos forenses, abogados y procuradores, graduados sociales, con los Secretarios o demás personal que presten servicios en la Oficina Judicial o con los funcionarios de la Policía Judicial (art. 419.2 de la LOPJ)⁹⁵⁹.

Asimismo hemos de considerar en este apartado la infracción disciplinaria de provocación reiterada de enfrentamientos graves con las autoridades de la circunscripción en donde el Juez o Magistrado desempeñe el cargo, por motivos ajenos a la función jurisdiccional, y que está prevista en el art. 417.3 LOPJ. Habiendo de tener en cuenta de una parte que dicha provocación no sea aislada o esporádica, puesto que tiene que reunir el requisito de reiterada, y por otro lado, que el origen de la misma obedezca a motivos ajenos al ejercicio de la correspondiente función jurisdiccional.

6.6. Deber de secreto.

Recoge el apartado 12 del artículo 417 que será falta muy grave “La revelación por el Juez o Magistrado de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de éste, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona”, y si no constituyere falta muy grave, por no causar perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona, esta infracción del deber de secreto a tenor de lo dispuesto en el art. 418.8 de la LOPJ, se reputaría falta grave.

Existen unos procedimientos recogidos en las leyes y reglamentos que son los cauces legítimos y adecuados para dar publicidad a las actuaciones judiciales o para tener acceso a los archivos y registros judiciales, por lo que Jueces y Magistrados han de respetar dichos procedimientos si no quieren incurrir en la infracción del deber de secreto.

El derecho de acceso a los libros y archivos judiciales es una manifestación del derecho de publicidad reconocido en el art. 120 de la Constitución, al proclamar este artículo que “las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”, pero en cualquier caso, ello no significa que deba permitirse un acceso indiscriminado a los archivos y registros judiciales como ya ha señalado el TS, Sala 3ª en Sentencia de 3 de marzo de 1995 (RJ 1995\2292). No se admite, como señala ALIAGA CASANOVA,⁹⁶⁰ “un acceso general e indistinto de cualquiera que por mero capricho o curiosidad pretenda hojear u obtener copias de documentos”. En el mismo sentido DIEZ-PICAZO⁹⁶¹, señala que el Tribunal Constitucional ha reconocido la legitimidad del Secreto sumarial o de las limitaciones de acceso a la Sala por razones de orden público⁹⁶², y de la misma forma hace constar

⁹⁵⁹ Vid en relación al art. 418.1 y 418.5 de la LOPJ las STS Ca de 09 de febrero de 1998 (RJ 1998\2108), de 4 de septiembre de 1998 (RJ 1998\7048), y de 11 de febrero de 1998 (RJ 1999\609).

Y por lo que se refiere al art. 419.1 y 419.2 de la LOPJ Vid las STS Ca de 18 de julio de 2000 (RJ 2000\7093) y de 14 de julio de 1999 (RJ 1999\6916).

⁹⁶⁰ Véase en este sentido a ALIAGA CASANOVA, A. C., en la obra colectiva de ESCUDERO MORATALLA, J. F., ALFEREZ DEL MORAL, D., ALIAGA CASANOVA, A., y GOMEZ ARROYO, J., “*El Secretario Judicial; últimas reformas orgánicas conforme a la Ley 19/2003 del 23 de diciembre*”, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia 2004. pág. 87.

⁹⁶¹ DIEZ-PICAZO, L.M., *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 59.

⁹⁶² Vid. STC 13/1985 y 30/1986.

que la libertad de información (art. 20.1 CE), por otra parte, pone límites a las posibles restricciones de la publicidad judicial, “dado que no sólo es lícito difundir hechos sobre los que pesa el secreto o la reserva procesales siempre que la información se obtenga por otras vías, sino que el Tribunal Constitucional ha llegado a reconocer a los medios de comunicación un –derecho preferente- de acceso en condiciones de igualdad, a fin de lograr que los juicios –sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección General”⁹⁶³.

El principio de publicidad es una de las garantías del proceso debido del artículo 24.2 de la CE, que goza del máximo nivel de garantía jurisdiccional a través del recurso de amparo constitucional, como ya ha referido el Tribunal Constitucional en diversas sentencias “.....el principio de publicidad.... Tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la Comunidad en los Tribunales constituyendo en ambos sentidos tal principio uno de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho”⁹⁶⁴. Como señala CARRILLO LÓPEZ⁹⁶⁵ “la publicidad de los actos de la magistratura permite que el contenido de las resoluciones judiciales se incorpore al escenario público y, por tanto, al debate y a la crítica públicos”. Pero todo esto, como decíamos anteriormente no puede suponer un acceso indiscriminado a los archivos y registros judiciales.

En la misma línea del art. 105 b) CE⁹⁶⁶, que se refiere al acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, y del art. 37 LRJAP⁹⁶⁷, que regula el derecho de

⁹⁶³ DIEZ-PICAZO, L.M., *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 59. Vid. también STC 30/1982 y 38/1988.

⁹⁶⁴ Vid. STC 96/1987 (RTC 1987\96). En el mismo sentido, la STC 110/1988 (RTC 1988\110).

⁹⁶⁵ CARRILLO LÓPEZ, M.; “*Los Tribunales de Justicia y sus obligaciones informativas*”. Poder Judicial, número especial, 1999, pág. 184.

⁹⁶⁶ El art. 105 de la CE, señala en su apartado b) que la Ley regulará “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.”

⁹⁶⁷ El art. 37 de la LRJAP y Procedimiento administrativo Común Ley 30/1992 de 26 de noviembre, dispone que “1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud. 2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno. 3. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del Derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo. 4. El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada.”

acceso a esos archivos y registros, la LOPJ contiene normas sobre la información relativa a la actividad judicial (sea estrictamente jurisdiccional o gubernativa), previendo exhibiciones y exámenes y certificaciones así como testimonios.

Al Secretario judicial, como titular de la fe pública judicial y encargado de la guarda y conservación de los autos, archivos y registros propios de los Juzgados y Tribunales, le corresponde la tarea de información y calificar el interés a que aluden los arts. 234 y 235 de la LOPJ.

De acuerdo con el art. 234 de la LOPJ, “1. Los secretarios y funcionarios competentes de la Oficina judicial facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la ley. También expedirán los testimonios previstos en esta Ley. 2. Asimismo las partes y cualquier persona que acredite un interés legítimo tendrán derecho a obtener copias simples de escritos y documentos que consten en los autos, no declarados secretos ni reservados”.

Añade el art. 235 de la LOPJ que “los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la ley”.

En parecidos términos se manifiestan los artículos 140 y 141 de la LEC⁹⁶⁸ en relación a los pleitos y archivos de asuntos civiles, si bien en vez de interesados, hablan de la exigencia de acreditar “un interés legítimo”.

El interés legítimo que es exigible en el caso, sólo puede reconocerse a quién, persona física o jurídica, manifiesta y acredita, al menos “*prima facie*” ante el órgano judicial una conexión de carácter concreto y singular bien con el objeto mismo del proceso –y, por ende, de la sentencia que lo finalizó en la instancia- bien con alguno de los actos procesales a través de los que aquél se ha desarrollado y que están documentados en autos (Vid. STS Ca de 06 de abril de 2001).

De igual forma el art. 7 del Decreto 937/2003 de modernización de los archivos judiciales, otorga el derecho de acceso a la documentación conservada en los Archivos Judiciales de Gestión a las partes en los procesos judiciales y a los titulares de interés legítimo, mientras que el art. 2 del Reglamento 5/1995 de 7 de junio del CGPJ, de Aspectos Accesorios de las actuaciones judiciales habla de interesados⁹⁶⁹. La valoración

Asimismo en el apartado cinco señala los expedientes respecto de los cuales no podrá ejercerse el derecho de acceso, señalando posteriormente los que se regularán por disposiciones específicas, y la forma en que será ejercido el derecho por los particulares.

⁹⁶⁸ Dispone el art. 140 de la LEC en su apartado primero que “Los Secretarios judiciales y personal competente al servicio de los tribunales facilitarán a cualesquiera personas que acrediten un interés legítimo cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer. También podrán pedir aquellas, a su costa, la obtención de copias simples de escritos y documentos que consten en los autos”.

Por su parte el artículo 141 de la LEC señala que “Las personas que acrediten un interés legítimo podrán acceder a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado y obtener, a su costa, testimonio o certificación de los extremos que indiquen”.

⁹⁶⁹ En cualquier caso, la consideración de “interesados”, o la existencia del “interés legítimo”, es la clave para permitir el acceso a los archivos judiciales.

sobre la consideración de “interesado” o la existencia de “interés legítimo” corresponde al Secretario Judicial por disposición del art. 4 del RAA, en dicho precepto se prevé el mecanismo para solicitar el acceso a los documentos judiciales al indicarse que los interesados presentarán la solicitud en la Secretaría del órgano jurisdiccional motivando la causa de la solicitud e indicando el documentos o documentos cuyo conocimiento se solicita. La solicitud será resuelta en el plazo de dos días mediante acuerdo del Secretario quien debe valorar el interés aducido y los derechos fundamentales en juego⁹⁷⁰, pudiendo adoptar dos resoluciones; en primer lugar acceder a lo solicitado y dictar en el plazo de dos días acuerdo de expedición de testimonio o certificación o exhibición de la documentación de que se trate, y en segundo lugar, no acceder el Secretario a lo solicitado, bien dictando acuerdo denegatorio, o bien dejando transcurrir al menos dos días desde la solicitud, sin que hubiera recaído acuerdo expreso denegatorio, ni se hubiese expedido el testimonio o certificación solicitados, ni realizada la exhibición de que se trate (Susceptible de impugnación ante el Juez o Presidente del órgano colegiado).

Señalar por último que con respecto a los ficheros jurisdiccionales automatizados y el derecho a la protección de datos no podemos olvidar entre otras, la regulación de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), la regulación contenida en los arts. 77 a 88 del Reglamento de Aspectos Accesorios de las actuaciones judiciales (RAA), y las disposiciones normativas sobre la automatización de los ficheros judiciales como la Instrucción del Pleno del Consejo General del Poder Judicial número 2/2003 de 26 de febrero, por la que se aprueba el Código de Conducta para usuarios de equipos informáticos al Servicio de la Administración de Justicia.

6.7. Deber de llevar a cabo el alarde.

6.7.1. Elaboración del alarde.

Establece el art. 317.3 de la LOPJ que “Cuando los Presidentes de la Sala y Sección o Jueces cesen en su destino, por ser nombrados para otro cargo, elaborarán un alarde o

El art. 2 del R.A.A. señala que “1. Los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la Ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 2. Tendrán carácter reservado las actuaciones judiciales que sean o hayan sido declaradas secretas, de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales, así como aquellas otras cuya publicidad pudiera afectar a derechos, principios y valores constitucionales”.

⁹⁷⁰ Como señalaban ESCUDERO MORATALLA Y FRIGOLA VALLINA, en “*La nueva facultad atribuida al Secretario Judicial de dictar acuerdos en materia de acceso de los interesados a los libros, archivos y registros judiciales*”, Diario La Ley, 1996-4, D-220, las resoluciones en forma de acuerdo pueden interpretarse en el sentido de considerar al Secretario Judicial parte integrante del poder judicial al tener que valorar el interés aludido y los intereses en juego.

Hemos de tener en cuenta que cuando se trata de archivos informáticos uno de los derechos fundamentales en juego que no puede desconocerse es el derecho de autodeterminación informativa o de protección de datos, derecho fundamental de tercera generación que encuentra su reconocimiento en el artículo 18.4 de la Constitución, y que se eleva a la categoría de derecho fundamental independiente con sustantividad propia en nuestro ordenamiento con la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000 de 30 de noviembre (RTC 2000\292), en concreto en sus fundamentos 6º y 7º. Vid al respecto, por todos, FERNANDEZ LOPEZ, J. M., “*El derecho fundamental a la protección de datos*”, *Otrosí*, nº 25, abril de 2001, pp. 58 y ss.

relación de los asuntos que queden pendientes en el respectivo órgano, consignando la fecha de su iniciación y el estado en que se hallen, remitiendo copia al Presidente del Tribunal o de la Audiencia”, asimismo el art. 317.4 establece que “Al tomar posesión el nuevo titular del órgano examinará el alarde elaborado por el anterior, suscribiéndolo en caso de conformidad”.

Así pues, como vemos el alarde es una relación de los asuntos pendientes en el órgano judicial que realiza los Jueces y Presidentes de Sala o Sección que cesan en su destino, este alarde es examinado por el nuevo titular del destino, que lo suscribe en caso de estar conforme (art. 317.3 de la LOPJ). En opinión de MONTERO AROCA⁹⁷¹ se trata de un instrumento de control del estado de un juzgado, sala o sección, que sirve a la vez de información para los órganos gubernativos del Poder Judicial, y para el juez o Presidente que suceda al obligado a realizarlo. En este sentido, podemos afirmar que con el alarde se persigue un doble fin, por un lado permite delimitar con claridad la responsabilidad tanto del cesante como del que toma posesión sobre el estado o situación del Juzgado o Tribunal, y por otro lado presenta en bandeja a los superiores jerárquicos un informe sobre el estado actual del órgano judicial a la fecha de su cese, por lo que permite observar el cumplimiento de sus obligaciones y deberes judiciales.

Por lo que se refiere a la delimitación de a quién incumbe la obligación de realizar el alarde, habremos de estar a lo dispuesto en el art. 166 del Reglamento de la Carrera Judicial, conforme al cual dicha obligación alcanza a los Presidentes de Sala o Sección y a los Jueces que cesen por ser nombrados para otro cargo, así como a los que cesen en su destino y pasen a la situación de servicios especiales, y a los que fuesen nombrados en régimen de comisión de servicio con relevación de funciones⁹⁷², por último también hemos de decir que alcanza la obligación a los Jueces en expectativa de destino, es decir jueces adjuntos, cuando sean adscritos a un órgano judicial por más de tres meses⁹⁷³. Asimismo también está obligado a realizar el alarde el nuevo titular del órgano judicial en el caso de que el alarde no haya sido confeccionado por no existir obligación legal o por cualquier otra circunstancia⁹⁷⁴. En este caso más que una

⁹⁷¹ MONTERO AROCA, J., “El alarde del artículo 317.3 LOPJ”, Justicia, 1987-I, págs. 87.

⁹⁷² Los que sean nombrados en régimen de comisión de servicios con relevación de funciones deberán realizar dos alardes, uno en el órgano judicial del que son titulares al momento de dejar de prestar servicios en él por razón del cumplimiento de la comisión de servicios, y otro en el Juzgado en el que cumplen la comisión al cesar en ellas.

Hemos de tener en cuenta que las Comisiones de Servicio tienen una duración máxima de seis meses – artículo 350.2 de la LOPJ- pero pueden ser inferiores, incluso de menos de tres meses, por lo que hemos de entender que si fueran menores de tres meses, no tendrían obligación de realizar el alarde, de acuerdo con lo establecido para los Jueces Sustitutos, porque de lo contrario a los Jueces y Magistrados de Carrera los haría de peor condición.

⁹⁷³ Artículo 129 bis 4 “in fine” del Reglamento 1/1995 de 7 de junio del Reglamento de la Carrera Judicial, en la redacción dada por el Acuerdo del Pleno de 22 de abril de 2003 e introducido por Acuerdo Reglamentario 4/2003 de 12 de marzo. Por otro lado habremos de entender hecha esta referencia a los Jueces Adjuntos por cuanto que no existen ya los Jueces en expectativa de destino.

⁹⁷⁴ Art. 167 del Reglamento 1/1995 de la Carrera Judicial, que dispone que “Cuando no se haya elaborado el alarde, ya sea por no concurrir ninguno de los casos previstos en el artículo 317.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o en el presente Título, ya por cualquier otra circunstancia, el nuevo titular deberá ordenar la confección de un alarde de asuntos pendientes con idéntico tratamiento al que anteriormente ha quedado expuesto”.

obligación se puede hablar de un derecho por cuanto que de esta manera el nuevo titular puede salvar su responsabilidad sobre la situación previa que sufra el órgano judicial en el que ha tomado posesión.

Por otra parte podemos constatar que dicha obligación no alcanza a los Magistrados o Jueces que sean trasladados de destino durante su permanencia en situación de servicios especiales y no se hayan incorporado a su destino judicial. Y tampoco alcanza a los Jueces y Magistrados, titulares de órganos judiciales que por sustitución, deban ejercer la jurisdicción en otros (art. 166.2 RCJ).

Para todos aquellos supuestos que no han sido previstos por la norma orgánica ni se recogen en el desarrollo reglamentario, por ejemplo en un supuesto de pérdida de la condición de juez o magistrado, especialmente el de la jubilación (art. 379 LOPJ) -por ser más frecuente-, o en el caso de excedencia, hemos de considerar que los criterios generales de aplicación del alarde, nos llevan a concluir que les incumbe la obligación de realizarlo, fundamentalmente porque han ocupado el cargo durante más de tres meses.

Por otro lado, y como pone de manifiesto MONTERO AROCA⁹⁷⁵, en el supuesto de la suspensión, si la suspensión es definitiva y excede de seis meses si debe realizarse el alarde, puesto que en este caso se produce la pérdida del destino (art. 365.2 LOPJ), y el destinado a la plaza debe conocer la situación de la oficina judicial. Ahora bien si la suspensión definitiva no excede de seis meses, podríamos pensar que no procedería el alarde, puesto que tras transcurrir la misma el titular vuelve a su Juzgado, no obstante al superar los tres meses y por aplicación analógica de lo dispuesto para los Jueces sustitutos, si les sería exigible la obligación de realizar el alarde.

Por último, cabe hacer referencia con MONTERO AROCA⁹⁷⁶ al supuesto en que el obligado al realizar el alarde, sea nombrado para otro cargo, de carácter no jurisdiccional, por ejemplo, como vocal del Consejo General del Poder Judicial⁹⁷⁷, o en los órganos técnicos del mismo⁹⁷⁸, o en otra serie de hipótesis⁹⁷⁹, se plantea la duda de

⁹⁷⁵ MONTERO AROCA, J, “*El Alarde del artículo 317.3 LOPJ*”, op. cit. pág. 91.

⁹⁷⁶ MONTERO AROCA, J, op. y loc. Cit.

⁹⁷⁷ Art. 112 de la LOPJ.

⁹⁷⁸ Art. 145 de la LOPJ

⁹⁷⁹ Art. 351, 352 y 356 de la LOPJ. El art. 351 de la LOPJ señala que los Jueces y Magistrados serán declarados en situación de servicios especiales; a) Cuando sean nombrados Presidente del Tribunal Supremo, Fiscal General del Estado, Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo o sus Adjuntos, Consejero del Tribunal de Cuentas, Consejero de Estado, Presidente o Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia, Director de la Agencia de Protección de Datos o miembro de Altos Tribunales Internacionales de Justicia o Titulares o miembros de los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas. b) Cuando sean autorizados por el Consejo General del Poder Judicial para realizar una misión internacional por periodo determinado, superior a seis meses, en organismos internacionales, gobiernos o entidades públicas extranjeras o en programas de cooperación internacional, previa declaración de interés por el Ministerio de Asuntos Exteriores. c) Cuando adquieran la condición de funcionarios al servicio de Organizaciones Internacionales o de carácter supranacional. d) Cuando sean nombrados Letrados al servicio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Constitucional, del Consejo General del Poder Judicial o del Tribunal Supremo, o Magistrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, o sean adscritos al servicio del Defensor del Pueblo u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas. e)

si subsiste el deber de realizar el alarde, en la medida que la norma es eficaz en algunos casos pues el nuevo cargo al estar dentro del ámbito de influencia de la potestad disciplinaria de los órganos de gobierno del poder judicial, podría ser sancionado por incumplimiento del deber de realizar el alarde, pero en otros casos no, porque el posible obligado estará fuera de la esfera disciplinaria del poder judicial y por lo tanto no sería viable la sanción. No obstante, MONTERO considera que debe mantenerse el deber de realizar el alarde: “Es cierto que podría pensarse que manteniendo el deber y careciendo de sanción estaríamos ante una norma incompleta, con los riesgos que ello supone de desprestigio del ordenamiento. Con todo prefiero que, dada la calidad de los obligados, lo que motivará su cumplimiento no es la amenaza del castigo sino la satisfacción del deber cumplido, o si lo prefiere el lector, la propia dignidad y la de la carrera”⁹⁸⁰.

6.7.2. Contenido del Alarde.

Por lo que se refiere al contenido de los alardes, el propio precepto 317.3 de la LOPJ, nos indica que se trata de una “relación de los asuntos que queden pendientes en el respectivo órgano, consignando la fecha de su inicio y el estado en que se hallen”.

Nosotros distinguimos un aspecto formal y un aspecto material. En el aspecto formal, se habrá de estar a lo dispuesto en el art. 158 y siguientes del Reglamento de Carrera Judicial, siendo el plazo para la elaboración del mismo de 20 días siguientes al cese. Este plazo como vemos coincide con el plazo máximo ordinario de toma de posesión en el nuevo destino, y hemos de entender que dicho plazo se mantiene también para los casos en el que el plazo posesorio en el nuevo destino sea más reducido. Para elaborar el alarde el Presidente, Magistrado o Juez podrán recabar la colaboración de los funcionarios del órgano judicial, que estarán obligados a prestarla (art. 164 RCJ).

En el alarde constará el órgano jurisdiccional de que se trate, y la identificación del Presidente, Magistrado o Jueces cesantes y las fechas de toma de posesión y cese. Asimismo recogerá la fecha del anterior alarde en su caso (puesto que si el órgano es de nueva creación será el primer alarde que se realice), y si se prestó conformidad o no a ese alarde por el que ahora cesa y antes fue el nuevo titular. El alarde se realizará por escrito pudiendo elaborarse también desde el propio sistema informático, a lo que no se opone el Reglamento de la Carrera Judicial⁹⁸¹, quedando el original en el órgano judicial

Cuando presten servicio, en virtud de nombramiento por Real Decreto, o por decreto en las Comunidades Autónomas en cargos que no tengan rango superior a Director general.

Por su parte el art. 352 de la LOPJ se refiere al supuesto en que los Magistrados del Tribunal Supremo serán declarados en la situación servicios especiales si fueran designados para desempeñar el cargo de Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, Miembro de Altos Tribunales Internacionales de Justicia, Fiscal General del Estado y Jefe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial.

Y el art. 356 del mismo cuerpo legal se refiere a los casos en los que procede la excedencia voluntaria de Jueces y Magistrados.

⁹⁸⁰ MONTERO AROCA, J., “El alarde del artículo 317.3 LOPJ”, op. cit. págs 91 y 92.

⁹⁸¹ Sobre esta temática, la Instrucción 2/2003 de 26 de febrero, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, publicada en el BOE de 10 de marzo de 2003, debe entenderse en este sentido por cuanto, que la misma refiere que “las aplicaciones informática deben servir para proporcionar información completa, homogénea, actualizada y fiable de la actividad y condiciones de funcionamiento de los Juzgados y

y dos copias del mismo, y, en su caso, del informe explicativo se remitirán a la Presidencia del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional o a la del Tribunal Superior de Justicia, según corresponda⁹⁸². Una de las copias se remitirán por estas Presidencias al Servicio de Inspección del CGPJ a la que adjuntarán el informe que consideren oportuno, en el cual podrán proponer las medidas que consideren convenientes⁹⁸³, ya sean de tipo disciplinario, o de actuación sobre el propio órgano judicial (incremento de plantilla, medidas de apoyo al órgano judicial, creación de otros órganos judiciales).

Por otro lado, señala el artículo 165 “*in fine*” del RCJ que se entregará también copia del alarde “al Presidente, Magistrado o Juez cesante que lo solicite”, lo cual parece un contrasentido por cuanto el Alarde lo ha realizado él mismo, y porque no hay inconveniente alguno en que al realizar el alarde, elabore una copia para sí mismo dejando constancia de que es, en efecto, una copia.

En cuanto al contenido material del alarde, es el art. 161 del RCJ el que se refiere al mismo señalando que contiene una relación numérica e individualizada por anualidades de todos los asuntos que se encuentren pendientes, agrupándose según su diferente naturaleza, e indicándose separadamente los procesos pendientes de sentencia o resolución de fondo y la fecha en que los autos quedaron conclusos o, en su defecto la de la última resolución recaída. Al final de cada relación se reflejará el número total de asuntos que la integran.

Por otro lado, el informe complementario a que se refiere el artículo 162 del RCJ también puede formar parte del alarde. Este informe realizado por el Juez, Presidente o Magistrado cesante tratará sobre la situación del órgano desde que se hizo cargo del mismo hasta su cese, con indicación de las causas y circunstancias que a su juicio hayan motivado, la demora en la resolución de los asuntos pendientes, las sentencias pendientes y sus motivos, y cuantos extremos se consideren de interés para comprender el alarde elaborado.

Cabe la posibilidad de que no se haya elaborado el alarde por no concurrir ninguna de las causas que recoge el art. 317.3 de la LOPJ, o el título VII del Reglamento de la Carrera Judicial. En estos supuestos, el art. 167 de dicho Reglamento establece la obligación de elaborar el alarde por el nuevo titular del órgano judicial. No obstante lo dicho, junto a ello, el art. 168 RCJ prevé el caso de que el nuevo titular

Tribunales, para facilitar su control interno y externo....(y) el uso constante, habitual, homogéneo y normalizado de tales aplicaciones informática (ha de constituir) la regla general de comportamiento de todos cuantos componen el órgano judicial de que en cada caso se trate, no quedando, en consecuencia, tal uso al libre arbitrio o a la discrecionalidad y buen criterio de los usuarios”.

⁹⁸² Hemos de señalar que aunque el art. 317.3 de la LOPJ al señalar a quien se remitirá copia del alarde solo especifica al “Presidente del Tribunal o de la Audiencia”, lo que podría haber generado alguna duda sobre si debía remitir el mencionado alarde a los Presidentes de las Audiencias Provinciales, dicha duda ha sido despejada por la regulación de la confección de alardes del Reglamento 1/1995, que señala claramente que se remitirán copias del alarde al Presidente del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Superior de Justicia, según corresponda (art. 163 y 165 RCJ). No obstante, y al margen de esta regulación reglamentaria, hemos de entender que la limitación de las facultades de los Presidentes de las Audiencias Provinciales, los hubiera descartado como destinatarios de los alardes.

⁹⁸³ Art. 169 del RCJ.

tuviese disconformidad con el alarde elaborado lo habrá de exponer al Presidente que corresponda con expresión de cuantos motivos fundamenten su disconformidad. Se trata pues de un alarde alternativo que se asemeja mucho al informe complementario que se puede adjuntar al alarde.

Por último la no elaboración del alarde es constitutivo de una falta disciplinaria grave conforme al art. 418.13 de la LOPJ, y asimismo se comete esta falta, a criterio de nuestro Tribunal Supremo "...cuando en el alarde que se elabora se incurre en ausencia de veracidad o exactitud, ya que ello supone una infracción del deber legalmente exigible"⁹⁸⁴, así pues la falta se produce no sólo cuando no se realiza el alarde, sino también cuando se incurre en defectos serios de contenido, faltando a la verdad, dejando de reflejar o recoger asuntos determinados, dando lugar, en definitiva, a un conocimiento erróneo de la situación del órgano judicial.

6.7.3. El alarde de las causas ante el Tribunal del Jurado.

Por último no podemos olvidar el alarde de las causas ante el Tribunal del Jurado. Recordemos que en el Procedimiento de selección de los jurados, regulado en los artículos 13 a 23 de la LOTJ, hay varias etapas; 1º Elaboración mediante sorteo de la lista provisional de los candidatos a jurados⁹⁸⁵. 2º Depuración de la lista provisional de los candidatos a jurados⁹⁸⁶. 3º Publicación de la lista definitiva de candidatos a jurados y control durante el bienio de las circunstancias sobrevenidas⁹⁸⁷. 4º Alarde de las causas ante el Tribunal del jurado y designación de candidatos a jurados para cada causa: El año se divide en cuatro períodos de sesiones para las causas ante el Tribunal del Jurado; 1ª sesión del 1 de enero al 20 de marzo, 2ª Sesión del 21 de marzo al 10 de junio, 3ª

⁹⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2000 (Recurso 752/1997) (RJ 2000\8412).

⁹⁸⁵ Del 16 al 30 de septiembre de los años pares, cada Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral efectuará un sorteo, entre los ciudadanos incluidos en el censo electoral vigente a la fecha del sorteo –ordenada por municipios y dentro de éstos alfabéticamente-, para establecer la lista bienal de candidatos a jurados. El número de candidatos necesario vendrá determinado por la estimación numérica, realizada por el Presidente de la Audiencia Provincial, de las posibles causas criminales que vaya a conocer el Tribunal del Jurado, multiplicada por cincuenta.

⁹⁸⁶ En los quince últimos días del mes de octubre, la lista bienal de candidatos a jurado se expondrá en los respectivos Ayuntamientos, se publicará en el "Boletín Oficial" de la Provincia correspondiente y el Secretario de la Audiencia Provincial mediante oficio remitido por correo, notificará a cada jurado su inclusión en la citada lista, indicándole las causas de incapacidad, incompatibilidad y excusa, y el procedimiento para su alegación (art. 13.4 LOTJ).

⁹⁸⁷ La lista definitiva de candidatos a jurado, con una vigencia de dos años será remitida por la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral al Presidente de la Audiencia Provincial y a los Ayuntamientos respectivos –para su exposición en el bienio-. El Presidente de la Audiencia provincial remitirá copia al Presidente del Tribunal Superior de Justicia correspondiente y al Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Durante este tiempo, dos años, el status de candidato a jurado le permite, como es obvio, ser convocado para formar parte del Tribunal del Jurado, pero también le obliga a comunicar a la Audiencia Provincial cualquier cambio de domicilio o circunstancia que influya en su intervención como jurado. En este periodo bianual como candidato, cualquier ciudadano o el Alcalde del Ayuntamiento podrán comunicar a la Audiencia las causas de incapacidad o incompatibilidad en que pueda incurrir. La Audiencia resolverá motivadamente la reclamación o la denuncia, oyendo, en este caso, al interesado no reclamante, sin que quepa recurso, y efectuando, en su caso, la exclusión oportuna de la lista de candidatos a jurados (Art. 16.1.2.3 y 4 LOTJ).

Sesión, Del 11 de junio al 30 de septiembre, 4ª Sesión del 1 de octubre al 31 de diciembre.

La Audiencia Provincial o, en su caso, la Sala correspondiente, efectuará un alarde, que consistirá en la relación de las causas señaladas para juicio oral ante el Tribunal del Jurado en un período de sesiones, cuarenta días antes del inicio de período correspondiente. Tras el alarde, el Magistrado-Presidente, treinta días antes del día señalado para el juicio oral y con citación de las partes procesales – partes acusadoras, Ministerio Fiscal, el acusado, el actor civil y el tercero responsable civil, en su caso- dispondrá que el Secretario, en Audiencia pública, realice el sorteo de los treinta y seis candidatos a jurados⁹⁸⁸ por cada causa señalada en el periodo de sesiones correspondiente (art. 18 LOTJ).

⁹⁸⁸ Como se ve se ha multiplicado por cuatro el número de jurados necesarios.

7. DERECHOS DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS A PERMISOS, LICENCIAS Y VACACIONES.

7.1. Consideraciones generales.

La LOPJ se ocupa de los Permisos y Licencias de jueces y magistrados en el capítulo VIII del Título I del Libro IV, artículos 371 a 377 LOPJ. Señala el art. 377 LOPJ que reglamentariamente se desarrollará el régimen jurídico de las licencias y permisos, determinando la autoridad a quien corresponda otorgarlos y su duración, y cuanto no se halle establecido en la LOPJ.

Corresponde al CGPJ el desarrollo reglamentario de esta materia, conforme a la previsión del art. 110 LOPJ aptdo.2 letra g) “El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de su competencia y con subordinación a las leyes, podrá dictar reglamentos de desarrollo de esta ley para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar.

Estos Reglamentos podrán regular condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial sin innovar aquellos ni alterar éste en su conjunto. Podrán aprobarse en los casos en que sean necesarios para la ejecución o aplicación de esta ley, en aquellos en que así se prevea en ésta u otra ley y, especialmente en las siguientes materias;...g) Régimen de licencias y permisos de Jueces y Magistrados...”.

Este desarrollo reglamentario se lleva a cabo en los artículos 231 a 261 del RCJ, y así con carácter secundario y auxiliar podrá establecer regulaciones de las condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial siempre que no innove aquellos ni se altere dicho estatuto en su conjunto⁹⁸⁹.

La normativa que nos ocupa, y dada su imbricación con el Estatuto judicial, tiene reserva de Ley Orgánica (art. 122.1 CE), por lo que para los permisos y licencias de Jueces y Magistrados hemos de estar a lo dispuesto en la LOPJ y en el Reglamento de la Carrera Judicial antes mencionado.

No obstante lo dicho hay que hacer constar que a veces se ha aplicado legislación general de la función pública por tratarse de una regulación más amplia, y porque contempla aspectos no regulados por la LOPJ y reglamentos de desarrollo. Así se ha aplicado la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, ante una solicitud de licencia para la adopción de un menor de nueve meses, y en el que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial opta por aplicar una ley, reguladora de la licencia correspondiente en la función pública, antes que una norma reglamentaria imperfecta, al ser la primera posterior a la segunda, y más acorde con las circunstancias actuales. De no haber actuado de esta forma, entiende el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, que se hubiera incurrido en una discriminación normativa por defecto prohibida por el Tribunal Constitucional, puesto que la aplicación del RCJ hubiera sido más perjudicial para la

⁹⁸⁹ Cfr. las Sentencias del Tribunal Constitucional 108/1986 (RTC 1986\108) y 105/2000 (RTC 2000\105), sobre los reglamentos del CGPJ.

solicitante que la aplicación de la norma prevista para la función pública, sin que dicha distinción tuviese fundamento alguno en la esencia de la función jurisdiccional, y por lo tanto generando una situación de desigualdad⁹⁹⁰.

Desde esta óptica de la aplicación de la legislación general de la Función Pública a Jueces y Magistrados para evitar situaciones de desigualdad sin fundamento en la especialidad de la función jurisdiccional entiende el Consejo que el artículo 243 del Reglamento de Carrera Judicial (que concede una licencia de ocho semanas de duración al Juez o Magistrado que haya adoptado o acogido a un menor de nueve meses), se encontraba tácitamente derogado por resultar contrario a la Constitución, al vulnerar el principio de jerarquía normativa, por lo que debe acudir a la aplicación supletoria de la normativa general reguladora de la función pública en esta materia, que fija en dieciséis semanas la duración de esa licencia.

En el mismo sentido se pronuncia la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en el Acuerdo de 9 de mayo de 2000, resolviendo una consulta formulada por la Sala de Gobierno de un Tribunal Superior de Justicia, sobre la posibilidad de que un Juez pudiera simultanear junto con su esposa, también Juez, unas determinadas semanas posteriores al parto (la llamada licencia parental)⁹⁹¹, entendiendo de aplicación también en este caso la legislación general sobre la función pública que regula el nuevo permiso parental.

Dichos supuestos ya están solventados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que recogiendo lo dispuesto en los Acuerdos referidos del CGPJ sobre la aplicación de la legislación general en materia de función pública, dispone en el artículo 373.2 en su primer párrafo que "También tendrán derecho a una licencia en caso de parto, adopción y acogimiento tanto preadoptivo como permanente, cuya duración y condiciones se regularán por la legislación general en esta materia. El Consejo General del Poder Judicial, mediante reglamento, adaptará dicha normativa a las particularidades de la Carrera Judicial"⁹⁹². Por lo tanto vemos como existe ya una remisión a la legislación general sobre la materia, aunque se refleja que la misma se adaptará mediante reglamento del Consejo General del Poder Judicial, y la modificación del Reglamento de la Carrera Judicial se ha llevado a cabo por Acuerdo de 23 de diciembre de 2008 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (BOE 4/2009, de 5 de enero).

⁹⁹⁰ Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 24 de febrero de 1999. Esta afirmación del CGPJ ha de entenderse en relación con la declaración de la propia LOPJ, expresada en su exposición de motivos de que "la regulación legal de la Carrera Judicial se realiza bajo el criterio básico de su homologación con las normas comunes que rigen al resto de los funcionarios, manteniendo tan sólo aquellas peculiaridades que se derivan de su específica función".

⁹⁹¹ Entiende la Comisión Permanente del CGPJ que, dado el carácter nuevo del permiso parental, en la forma en la que ha sido configurado en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, en la redacción dada por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y que de acuerdo con el artículo 1.5 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, "La presente Ley tiene carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación", se ha de considerar que la previsión que en materia de permiso parental contiene dicha Ley es aplicable a Jueces y Magistrados, en defecto de una expresa norma legal o reglamentaria reguladora de aquel derecho.

⁹⁹² Precepto redactado conforme a la nueva LO 19/2003 de reforma de la LOPJ.

El referido Acuerdo de 23 de diciembre de 2008 del Pleno del CGPJ incorpora al Reglamento de la Carrera Judicial las modificaciones que en materia de función pública han supuesto la Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que ha redefinido el estatuto del servidor público, y que ha dispuesto un nuevo régimen de licencias y permisos en coherencia con las disposiciones que al respecto recoge la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, singularmente en lo que se refiere a los permisos y licencias relativos a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y por razón de violencia de género. Se modifica el capítulo IV del título XII del Reglamento 1/1995 de 7 de junio de la Carrera Judicial, pasando su rúbrica a ser la siguiente “Licencias, permisos y reducciones de jornada para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y por razón de violencia de género”, regulando en los artículos 241 a 243 del RCJ los permisos en caso de parto, por adopción o acogimiento, el permiso de paternidad, y los permisos, licencias y reducciones de jornadas para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral⁹⁹³. El artículo 243 bis del RCJ regula las ausencias de las Jueces y magistrados víctimas de la violencia de género, que tendrán la consideración de justificadas por el tiempo y las condiciones que determinen los servicios sociales de atención o de salud, según proceda. Y por último el 243 ter del RCJ recoge la competencia para otorgar los referidos permisos, licencias y reducciones de jornada, señalando también que el disfrute de los mismos no afectará al régimen retributivo de los miembros de la carrera judicial, que son compatibles con la participación y asistencia a los cursos de formación, y que en todo caso se garantizarán las medidas de sustitución necesarias para garantizar la continuidad y regularidad de la prestación del servicio y el disfrute de estos derechos por los miembros de la Carrera judicial.

Por lo que respecta a la competencia para la concesión de permisos⁹⁹⁴, la misma esta atribuida al Presidente del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores, según corresponda (art. 238 RCJ). En el supuesto de que las resoluciones (que habrán de ser fundadas) sean denegatorias del permiso o de su disfrute en el tiempo, podrán ser objeto de recurso ordinario o de revisión, en su caso, ante el CGPJ en los plazos y por los motivos y formas que establece la Ley 30/1992.

Por su parte será el Consejo General del Poder Judicial, y en concreto la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (art. 131.4 LOPJ) quién ostente la competencia para resolver sobre los permisos extraordinarios por el tiempo indispensable para cumplir un deber inexcusable de carácter público (art. 239 Reglamento 1/1995), por asuntos propios (art. 252 Rgl. 1/1995), y por estudios (art. 248 y 249 Regl. 1/1995).

Para la presentación de las solicitudes de permisos y licencias, y si las mismas van dirigidas por ser el órgano competente, al Consejo General del Poder Judicial, se

⁹⁹³ Estos permisos son los referidos a lactancia de un hijo menor de doce meses, por nacimiento de hijos prematuros, para la realización de exámenes prenatales, por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, por guarda legal, por cuidado de un familiar de primer grado, por cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber relacionado con la conciliación de vida familiar y laboral, por traslado de domicilio sin cambio de residencia.

⁹⁹⁴ Vacaciones anuales, permisos de tres días, enfermedad hasta el sexto mes, licencia por maternidad y asimiladas.

estará a lo regulado en el art. 121.1 del Reglamento de la Carrera Judicial⁹⁹⁵. En el caso de que se halle el Juez o Magistrado fuera de su destino y concurran razones de urgencia, podrá cursar su solicitud por conducto de la autoridad judicial superior del lugar en que se encuentre⁹⁹⁶.

Una vez concedido el permiso o licencia el mismo habrá de disfrutarse a partir de la fecha indicada en la solicitud, y en su defecto dentro de los seis días hábiles siguientes al de la notificación de su concesión (Art. 257 RCJ), de no ser así se considerará caducado⁹⁹⁷. Los Jueces y Magistrados que vayan a disfrutar de esa licencia o permiso lo habrán de comunicar al Presidente del que dependan, así como al Juez o Magistrado que deba sustituirle, indicando las fechas de inicio y término. Y por otro lado se hará constar mediante anotación en el libro de permisos y licencias que los presidentes han de llevar.

Cabe la posibilidad de suspensión y revocación de los permisos y licencias, siempre que se den circunstancias excepcionales, y su naturaleza lo permitiese. Dicha suspensión y revocación deberá adoptarse en resolución fundada por la autoridad que hubiera concedido el permiso o licencia de que se trate y serán susceptibles de recurso en los plazos y por los motivos y formas previstos en la Ley 30/1992⁹⁹⁸. Sin embargo las licencias y permisos, incluido el de vacaciones, no se verán afectados por los traslados o la promoción de los Jueces y Magistrados (art. 261 del Rto. 1/1995).

7.2. Vacaciones anuales.

El derecho a las vacaciones está tutelado a nivel constitucional, pues los poderes públicos vienen obligados a garantizar el descanso necesario mediante “las vacaciones periódicas retribuidas” (art. 40.2º CE). Se trata pues, como dice MANZANA LAGUARDA⁹⁹⁹, de un derecho reconocido a la totalidad de los funcionarios, y por tanto también a los interinos –unos y otros en función del tiempo trabajado-¹⁰⁰⁰, sin que

⁹⁹⁵ Tanto las solicitudes como los informes podrán transmitirse por fax, cursándose simultáneamente por correo. Y asimismo hay que hacer constar que no se ha de observar inconveniente alguno para la utilización y eficacia de los medios electrónicos de comunicación y esto a tenor de lo establecido en el art. 230 de la LOPJ, del art. 45 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Instrucción 2/2003 de 26 de febrero del CGPJ publicada en el BOE de 10 de marzo.

⁹⁹⁶ Art. 260. del Reglamento de la Carrera Judicial.

⁹⁹⁷ Debiéndose estar a lo dispuesto en el art. 57 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común.

⁹⁹⁸ Cfr. Art. 376 de la LOPJ y art. 259 del Regl. 1/1995 RCJ.

⁹⁹⁹ MANZANA LAGUARDA, R.,; *Derechos y deberes del funcionario público*, Op. Cit., Valencia 2006, pág. 264.

¹⁰⁰⁰ El funcionario interino ostenta el derecho a un período de vacaciones retribuida, en proporción al tiempo servido efectivamente; así, TSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 25/Enero/2005, nº 99/2005 (EDJ 2005/2716).

pueda exigirse a estos últimos un periodo mínimo de prestación de servicios¹⁰⁰¹, ni tampoco imputar sus vacaciones a los periodos de no ocupación.¹⁰⁰²

Los Jueces y Magistrados, podrán disfrutar de un permiso anual de vacaciones de un mes, o si fuera menor el tiempo de servicios prestados durante el año, de los días que proporcionalmente les corresponda¹⁰⁰³ (art. 232 RCJ). El mes de preferencia –salvo para los Jueces y Magistrados de la denominada Sala de Vacaciones¹⁰⁰⁴– es agosto, el cual no se incluye en el periodo ordinario de actividad de los juzgados (179 LOPJ), y además es inhábil para todas las actuaciones judiciales salvo las que sean urgentes de acuerdo con las leyes procesales (art. 183 LOPJ)¹⁰⁰⁵, y asimismo esta preferencia del mes de agosto se recoge de forma expresa en el art. 233.1 del RCJ¹⁰⁰⁶.

Se trata una materia propia del régimen estatutario de la carrera judicial, y por tanto reservada a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Consecuencia de esto es que a los Jueces y Magistrados no les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que fue modificado por el artículo 51 de la Ley 53/2002 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que reconoce el derecho a disfrutar de días adicionales de vacaciones según los años de servicio.

Los Jueces y Magistrados destinados en las Islas Canarias tienen la posibilidad de acumular el periodo de vacaciones correspondientes a dos años, para disfrutarlas en un solo periodo, esta elección la han de comunicar al Presidente del Tribunal Superior antes del día 1 de junio del año cuyo período de vacaciones pretendan reservar (art. 371.1 LOPJ y art. 235 del Reglamento de la Carrera Judicial).

¹⁰⁰¹ No cabe exigir un periodo mínimo de desempeño de funciones. Vid. TSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 6ª, Sent. 24 de marzo de 2004, nº 465/2004 (EDJ 2004/20200).

¹⁰⁰² El período de desocupación de un funcionario interino no puede imputarse al disfrute de vacaciones, pues éstas constituyen una “inactividad retribuida”, vid STS Sala 3ª, sec 7ª, de 19 de octubre de 2004 (EJ 2004/174290) reitera la doctrina contenida en Sentencias de 30 de diciembre de 2002 (EDJ 2002/61225), 27 de febrero de 2003 (EDJ 2003/9243) y 6 de noviembre de 2003 (EDJ 2003/147279).

¹⁰⁰³ Para los Jueces de nuevo ingreso se computará como tiempo de servicio el desempeñado como funcionarios en prácticas.

¹⁰⁰⁴ Art. 180 de la LOPJ.

¹⁰⁰⁵ El art. 131 de la LEC señala “1. De oficio o a instancia de parte, los tribunales podrán habilitar los días y horas hábiles, cuando hubiere causa urgente que lo exija. 2. Se considerarán urgentes las actuaciones del tribunal cuya demora pueda causar grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia, o provocar la ineficacia de una resolución judicial. 3. Para las actuaciones urgentes a que se refiere el apartado anterior serán hábiles los días del mes de agosto, sin necesidad de expresa habilitación. Tampoco será necesaria la habilitación para proseguir en horas inhábiles, durante el tiempo indispensable, las actuaciones urgentes que se hubieren iniciado en horas hábiles”.

¹⁰⁰⁶ Dispone el art. 233.1 del RCJ que “El Presidente de la Audiencia Nacional y los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia velarán para que el disfrute del permiso anual de vacaciones de los jueces y magistrados titulares de órganos unipersonales coincida con el período de inhabilitación que establece el artículo 183 de la Ley Orgánica del poder Judicial, sin perjuicio de las excepciones necesarias para que el servicio quede debidamente atendido durante el mismo”.

Existe un Plan anual de vacaciones que es elaborado por las Salas de Gobierno antes del día uno de junio de cada año (art. 233 RCJ), y para la conformación del mismo es preciso contar con la propuesta de la Junta de Jueces correspondiente, y si no hubiere propuesta alguna, la Sala de Gobierno, antes de adoptar cualquier decisión recabará el parecer de la referida Junta de Jueces. Este plan anual de vacaciones articulará el régimen de permanencia de los Jueces y Magistrados durante el mes de agosto, y las sustituciones de los que se encuentren de vacaciones tanto en el mes de preferencia, agosto, como en otro mes. Cuando se aprueba el plan de vacaciones se notifica a los interesados, los cuales pueden, sin necesidad de petición alguna, proceder al disfrute de sus vacaciones.

Cabe también la posibilidad de denegación del permiso anual de vacaciones¹⁰⁰⁷, ahora bien esta denegación habrá de fundamentarse en los asuntos pendientes en un Juzgado o Tribunal, en la acumulación de peticiones de licencias en el territorio o por otras circunstancias excepcionales que puedan perjudicar el regular funcionamiento de la Administración de Justicia. Dicho esto, y conociendo que no es preciso (de conformidad con el art. 233.3 RCJ) la petición de vacaciones en agosto, al ser este el mes preferente, hemos de entender que este no se podrá denegar, y que por lo tanto la previsión de denegación referida ha de entenderse a cualquier petición de vacaciones que no sea el mes de agosto.

La petición de vacaciones podrá ser denegada mediante resolución motivada, correspondiendo la decisión a los Presidentes de las Salas de Gobierno correspondientes, y dicho acuerdo podrá ser recurrido en alzada, o en su caso, en revisión, ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (artículos 127.4 de la LOPJ y 238 del RCJ).

Por lo que se refiere a los Magistrados suplentes y a los Jueces sustitutos, los mismos, salvo que lo impidan las necesidades del servicio, tienen derecho a disfrutar de un periodo anual de vacaciones proporcional al tiempo de Servicio, este les será concedido por los Presidentes del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional o Tribunal Superior de Justicia, según corresponda siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 371 y 372 de la LOPJ a los que antes nos hemos referido (art. 141.2 del RCJ).

La cuestión que se nos plantea, es que sucede cuando los Magistrados Suplentes y los Jueces sustitutos no disfrutaran de las vacaciones, en estos caso se prevé que el CGPJ les compensará mediante el reconocimiento del derecho a la retribución correspondiente a los días de vacación no disfrutada (art. 141.3 RCJ). En concreto el art. 141.2 RCJ establece que “Los Magistrados suplentes y los Jueces sustitutos tienen derecho, salvo que lo impidan las necesidades del servicio, a disfrutar de un periodo anual de vacaciones proporcional al tiempo servicio, que les será concedido por el Presidente del Tribunal Supremo, por el de la Audiencia Nacional o por el del Tribunal Superior de Justicia respectivo, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 371 y 372 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, y por su parte el art. 141.3 dice que “Cuando, por necesidades del servicio, los Magistrados suplentes o los Jueces sustitutos no hubiesen podido disfrutar el periodo de vacaciones a que se refiere el apartado anterior dentro del año judicial para el que fueron nombrados, el Consejo General del Poder Judicial les

¹⁰⁰⁷ Art. 372 de la LOPJ y 234 del Reglamento de Carrera Judicial.

compensará mediante el reconocimiento del derecho a la retribución correspondiente a los días de vacación no disfrutada”.

Lo que venía haciendo la Comisión Permanente del CGPJ es, acogiéndose a una interpretación literal del art. 141.3 en relación al art. 141.2 del RCJ, que para proceder al reconocimiento de la retribución era preciso que las vacaciones no se disfrutarán por “razones del servicio”, y por ello desestimada las peticiones de reconocimiento de este derecho en los supuestos en los que el Magistrado suplente o Juez sustituto no habían ejercido funciones judiciales durante el mes de agosto del año correspondiente, y el Ministerio de Justicia por tanto no procedía al abono de dichas vacaciones que no se habían disfrutado sin el reconocimiento previo de este derecho por el Consejo General del Poder Judicial.

Esta actuación del CGPJ, a todas luces discriminatoria y lesiva para los Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos fue abordada, por el Tribunal Supremo en sentencias de 30 de diciembre de 2002 (RJ 2003\602), 27 de febrero de 2003 (RJ 2003\3161) y 25 de marzo de 2003 (RJ 2003\2931), resolviendo que el no ejercicio de funciones judiciales en el mes de agosto (mes sin ocupación) no implicaba que este hecho –no ejercer funciones judiciales en agosto- fuera causa o argumento suficiente o bastante para imputar a ese período el de vacaciones anuales, y asimismo determinó el Tribunal Supremo que la circunstancia material de la no ocupación no agota el concepto de vacación, al llevar este concepto de vacación inherente la idea de su necesaria retribución. Señala también el Tribunal Supremo que los Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos habrán de disfrutar de un período retribuido de inactividad para que jurídicamente se pueda afirmar que han tenido vacaciones, y sin que se pueda “imputar” al mes de agosto en que no han prestado servicio alguno.¹⁰⁰⁸

7.3. Permisos de tres días y permiso extraordinario.

Cabe la posibilidad de que Jueces y Magistrados soliciten permisos de tres días, estableciéndose en la legislación una serie de limitaciones (art. 373.3 de la LOPJ y art. 236 del RCJ)¹⁰⁰⁹, como que no se podrán pedir más de seis permisos en el año natural, ni más de uno al mes, que ha de justificarse su necesidad, que no pueden acumularse al

¹⁰⁰⁸ El período de desocupación de un funcionario interino no puede imputarse al disfrute de vacaciones, pues éstas constituyen una “inactividad retribuida”; así el TS Sala 3ª, sec 7ª, Sentencia de 19 de octubre de 2004 (EDJ 2004/174290) reitera la doctrina contenida en Sentencias de 30 de diciembre de 2002 (EDJ 2002/61225), 27 de febrero de 2003 (EDJ 2003/9243) y 6 de noviembre de 2003 (EDJ 2003/147279) y señala: “La afirmación del Consejo de que la recurrente permaneció ‘sin ocupación’ durante el mes de julio del año a que se refiere su reclamación implica declarar que esa circunstancia le fue bastante para disfrutar de su vacación anual, y también establecer una equivalencia entre el hecho material de no estar ocupado en la actividad donde se presta un servicio retribuido y el concepto de vacación. Sin embargo, la circunstancia material de la no ocupación no agota el concepto jurídico de vacación, al llevar este inherente la idea de su necesaria retribución; es decir, la vacación constituye un derecho al descanso que no debe tener coste económico para el titular del mismo”.

¹⁰⁰⁹ Acuerdo de 26 de noviembre del 2008 del Pleno del CGPJ (BOE número 295 de 8 de diciembre de 2008) se modificaron los artículos 231 y 236 del RCJ, a efectos del cómputo del permiso de tres días contemplado por el artículo 373.4 de la LOPJ. El nuevo artículo 231 del RCJ al referirse al permiso de tres días, ya no precisa que sean naturales, y asimismo el artículo 236.1 del RCJ in fine señala que “El disfrute de los tres días a que se extienden tales permisos habrá de ser continuado y no se computarán a este efecto, los días inhábiles a que se refiere el artículo 182.1 de la LOPJ. El permiso se entenderá consumido, aunque sólo se haya empleado parcialmente”.

periodo de vacaciones y tampoco pueden perturbar el normal funcionamiento de la administración de Justicia. Tampoco es posible fraccionar el permiso, y por tanto no se puede solicitar permisos de uno o dos días, y que en todo caso el permiso se entiende consumido en su totalidad aunque sólo se haya disfrutado parcialmente.

Corresponde su otorgamiento a los Presidentes del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunal Superior de Justicia, según corresponda. Los Jueces y Magistrados con destino en las Islas Canarias podrán acumular varios de estos permisos correspondientes a un solo año (art. 237 RCJ), y teniendo en cuenta que el artículo en cuestión indica “varios”, hemos de entender que no se pueden acumular todos. La resolución denegatoria de estos permisos, o del disfrute en los días solicitados será motivada, pudiéndose recurrir en alzada, o, en su caso, en revisión, ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (art. 127.4 LOPJ y 238 del RCJ).

Por lo que se refiere a los permisos extraordinarios, (art. 239 del RCJ) se vinculan a la exigencia de cumplir un deber inexcusable de carácter público entendiendo por tal cuando el Juez o Magistrado ha de comparecer en calidad de testigo o en virtud de llamamiento judicial como parte, en los casos que el deber de comparecencia se conforma al modo de una carga procesal y de cuyo incumplimiento derivarían perjuicios para el interesado¹⁰¹⁰. La competencia para otorgar estos permisos corresponde al Consejo General del Poder Judicial, al que habrá que formular la solicitud correspondiente aportando los justificantes oportunos, y resolviendo la Comisión Permanente.

7.4. Licencias por razón de matrimonio, en caso de parto y adopción.

En atención al art. 373.1 de la LOPJ, los Jueces y Magistrados, por razón de matrimonio tendrán derecho a una licencia de quince días que podrán disfrutar, indistintamente, en días anteriores o posteriores a la celebración, debiendo de justificar la celebración del mismo y correspondiendo la competencia para su concesión a los Presidentes relacionados en el art. 238 del RCJ (art. 240 del RCJ)¹⁰¹¹.

En lo que se refiere a la licencia en caso de parto y adopción, habremos de estar a lo dispuesto en el art. 373.2 de la LOPJ y 241 a 242 del Reglamento de la Carrera Judicial que contienen la regulación al respecto.

¹⁰¹⁰ No se trataría de cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público la atención de las tareas propias de Vocal de la Junta electoral, puesto que se trata del ejercicio de un cargo y por lo tanto no se puede solicitar esta licencia para realizar los cometidos de tal función.

¹⁰¹¹ Algunas disposiciones prevén esta licencia, también para el caso de inscripción en los Registros Oficiales de Uniones de Hecho. Véase al respecto el Decreto 28/2001 de 30 de enero del Gobierno Valenciano, por el que se regulan los permisos y licencias del personal docente no universitario dependientes de la Consejería de Cultura y Educación.

En el supuesto que nos ocupa nos podríamos plantear si cabe una situación de hecho asimilable en el supuesto de que un Juez no contrajera matrimonio, pero si se uniera como pareja de hecho. En este sentido podemos recordar como el art. 219.1 de la LOPJ establece como causa de abstención y, en su caso, de recusación “el vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable”, no obstante a tenor de la letra de los preceptos del Reglamento entendemos que la licencia se otorgaría solo por razón de matrimonio y no por vínculo de hecho.

Una vez reformado el art. 373 de la LOPJ, y mientras no se había producido la reforma del RCJ, que como hemos dicho tuvo lugar por Acuerdo de 2 de diciembre de 2008 del Pleno del CGPJ (BOE 4/2009 de 5 de enero) resolviendo la cuestión, lo que se hizo fue complementar el mencionado art. 373 de la LOPJ con la aplicación supletoria del artículo 30.2 apartado 3 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, modificado por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre de Conciliación de la vida familiar y laboral, por cuanto que la regulación del Reglamento de la Carrera Judicial no se acomoda a las modificaciones e innovaciones de la legislación sobre la función pública. Y es que atendiendo al artículo 1.5 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, que señala que “La presente ley tiene carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones públicas no incluido en su ámbito de aplicación”, se debía de considerar que la previsión en la materia que nos ocupa de permiso parental que contiene esta ley era aplicable a Jueces y Magistrados, en defecto de una expresa norma legal o reglamentaria reguladora de aquel derecho.

Asimismo hemos de decir que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial por Acuerdo de 24 de febrero de 1999, consideró derogado el artículo 243 del RCJ, por lo tanto había de entenderse de aplicación la normativa genérica de la función pública, pudiendo los Jueces y Magistrados solicitar y disfrutar de esta licencia en los términos previstos en dicha legislación, siendo el procedimiento para solicitarla el previsto en el antiguo art. 242 del Reglamento de la Carrera Judicial.

Por su parte el reformado art. 373.2 de la LOPJ¹⁰¹² señala que los Jueces y Magistrados “También tendrán derecho a una licencia en caso de parto, adopción y acogimiento tanto preadoptivo como permanente, cuya duración y condiciones se regularán por la legislación general en esta materia. El Consejo General del poder Judicial, mediante reglamento, adaptará dicha normativa a las particularidades de la Carrera Judicial.”

La regulación general en esta materia la encontramos en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, modificado por la Ley 30/99 de 5 de noviembre de Conciliación de la vida familiar y laboral, y esta regulación ha sido la que se ha recogido en el artículo 241 y 241 bis del RCJ, en concreto el primer precepto en su apartado primero señala que “Las Juezas y Magistradas tendrán derecho en caso de parto a un permiso de dieciséis semanas interrumpidas que se ampliarán en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo y, por cada hijo a partir del segundo, en los supuestos de parto múltiple. En los casos de parto prematuro, y en aquellos en que por otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, este permiso se ampliará durante el periodo de hospitalización del neonato, por un máximo de trece semanas adicionales.”¹⁰¹³ Por su parte en artículo 241 bis prevé que “Los

¹⁰¹² En la redacción dada al mismo por la LO 19/2003 de 23 de diciembre de reforma de la LOPJ.

¹⁰¹³ En el apartado segundo del referido artículo 241 RCJ se especifica que “La interesada distribuirá libremente el período de permiso siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. Los Jueces y Magistrados tendrán derecho al disfrute del referido periodo para el cuidado del hijo, en caso de fallecimiento de la madre. Cuando ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. En el caso de disfrute simultáneo de ambos periodos de descanso, la suma de los mismos no excederá de las dieciséis semanas previstas, o de las que correspondan en caso de discapacidad del hijo o

miembros de la carrera judicial tendrán derecho a un permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de dieciséis semanas ininterrumpidas, que se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple.

Por otro lado el artículo 242 del RCJ establece, de conformidad con lo señalado en el art. 373.6 de la LOPJ que los Jueces y Magistrados tendrán derecho a un permiso de paternidad por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, de quince días, a disfrutar por el padre o el otro progenitor, a partir de la fecha de nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial constitutiva de la adopción, siendo este permiso compatible con los señalados anteriormente del art. 241 y 241 bis del RCJ.

El tiempo transcurrido durante el disfrute de los permisos reconocidos en los artículos antes referidos se computará como de servicio efecto a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos del miembro de la carrera judicial durante todo el periodo de duración del permiso y en su caso, durante los periodos posteriores al disfrute del mismo, si el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute del permiso.(Art. 242 bis RCJ).

En la solicitud de licencia por parto habrá de acompañarse certificado médico en el que se acredite el estado de gestación y la fecha previsible o efectiva del alumbramiento, si éste ya se hubiera producido.

7.5. Licencias para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y las ausencias de las juezas y magistradas víctimas de la violencia de género.

El acuerdo del Pleno del CGPJ de 23 de diciembre de 2008 por el que se modifica el Reglamento de la Carrera Judicial en lo relativo a permisos y licencias a los efectos de su equiparación legal con los funcionarios públicos incorpora por un lado la previsión de que los miembros de la carrera judicial tengan derecho a distintos permisos, licencias y reducciones de jornadas para la conciliación de la vida personal familiar y laboral (art. 243 RCJ), y por otro lado prevé que las ausencias de las Juezas y Magistradas víctimas de la violencia de género tendrán la consideración de justificadas por el tiempo y las condiciones que determinen los servicios sociales de atención o de salud, según proceda (art. 243 bis RCJ).

Respecto del primer precepto, art. 243 RCJ y de conformidad con el artículo 373.7 de la LOPJ, se regulan permisos, licencias y reducción de jornadas en los siguientes casos:

- Por lactancia de un hijo menor de doce meses. En dicha situación las Juezas y Magistradas tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Cabe la posibilidad de sustituirse por una reducción de la jornada, o solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.

en caso de parto múltiple. A solicitud del interesado, el permiso se podrá disfrutar a jornada completa o a tiempo parcial”.

- Por nacimiento de hijos prematuros, o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, dará derecho a los miembros de la carrera judicial a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias, o a reducir la jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, en este segundo supuesto si habrá una disminución proporcional de sus retribuciones.

- Por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad. En este caso se tendrá derecho a una licencia de tres días hábiles cuando el suceso acontezca en la misma localidad o de cinco días hábiles cuando sea en otra. Si el familiar estuviera dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad la licencia se reduciría a dos y cuatro días hábiles ya sea en la misma localidad o no.

- En el caso de cuidado de un familiar de primer grado se podrá solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, por un plazo máximo de un mes, que podrá prorrogarse. Y si se trata de cuidar directamente de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo en las horas necesarias para atender las obligaciones de guarda legal, con la disminución proporcional de sus retribuciones.

- Por último también se prevé en el nuevo artículo 243 del RCJ, la concesión de permisos para realización de exámenes prenatales y de técnicas de preparación del parto, permisos por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber relacionado con la conciliación de la vida familiar y laboral, licencia de un día por traslado de domicilio sin cambio de residencia, o reducción de jornada de trabajo en las horas necesarias para atender las obligaciones de guarda legal cuando se tenga el cuidado directo de un menor de doce años, de una persona mayor que requiera de especial dedicación o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida.

Respecto de lo dispuesto en el artículo 243 bis RCJ, ya hemos referido que las ausencias de las Juezas y Magistradas víctimas de la violencia de género tendrán la consideración de justificadas por el tiempo y las condiciones que determinen los servicios sociales de atención o de salud, según proceda. Y asimismo para hacer efectiva su protección o derecho de asistencia social integral en estos supuestos de violencia de género tendrán derecho a la reducción de jornada, con disminución proporcional de la retribución o a la reordenación del tiempo de trabajo mediante la adaptación del horario en los términos que disponga el CGPJ.

Como se puede observar y siguiendo lo dispuesto en el artículo 373.7 de la LOPJ, el CGPJ mediante esta normativa ha adaptado a las peculiaridades de la carrera judicial, y siempre que sean compatibles con la función jurisdiccional, la normativa de la Administración General del Estado vigente en la materia, y en concreto los permisos que se reconocen en los artículos 48 y 49 de la Ley 7/2007 por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, y singularmente los relativos a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y por razón de violencia de género. De esta forma ya no es precisa la actuación de la Comisión Permanente del Consejo en aras a promover la homologación de jueces y magistrados con el resto de funcionarios públicos en esta

materia, pues se evita con la nueva normativa que jueces y magistrados estén en condiciones sustancialmente inferiores a los derechos y deberes reconocidos al resto de los funcionarios públicos.

7.6. Licencias por enfermedad.

La primera dificultad con la que nos encontramos es que ni en la LOPJ (art. 374 y 375 apartado 1 y 3) ni tampoco en el RCJ (art. 244 a 247) existe una concreción de lo que se entiende por enfermedad, por lo tanto y a tenor de lo que se dispone en el RCJ que indica que “procederá la licencia por enfermedad cuando esta impida el normal desempeño de las funciones judiciales” (art. 245.1 RCJ), entenderemos por enfermedad toda dolencia física o psíquica, sea cual sea su causa u origen que impide al Juez o Magistrado realizar la función que tiene asignada.

Si el Juez o magistrado que se encontrara enfermo no pudiese acudir al despacho, lo habrá de comunicar al Presidente del que inmediatamente dependa, los Magistrados destinados en órganos colegiados lo participarán además al Presidente de la Sala o Audiencia a la que pertenezcan, y los titulares de órganos unipersonales al Juez o Magistrado que deba hacerse cargo de sus sustitución¹⁰¹⁴.

Esta situación, a la que se le suele llamar “prelicencia” no puede durar más de cinco días, puesto que de persistir, el Juez o Magistrado habrá de solicitar la licencia acreditando la enfermedad y la previsión médica sobre el tiempo preciso para su restablecimiento (art. 374 de la LOPJ y 244 del RCJ)¹⁰¹⁵.

Una vez solicitada y concedida la licencia, sus efectos se retrotraerán al sexto día de la inasistencia al despacho, es decir, al día siguiente de lo que hemos dado en llamar “prelicencia”. La concesión de la licencia por enfermedad, que como ya hemos dicho habrá de solicitarse acreditando la enfermedad y con la previsión médica para su restablecimiento, corresponde al Presidente del Tribunal Supremo, al de la Audiencia Nacional o al del Tribunal Superior de Justicia, los cuales podrán hacer las comprobaciones oportunas (Art. 245.2 RCJ). Si la enfermedad aconteciera estando el Juez o Magistrado de vacaciones, licencia o permiso fuera de su lugar de destino, cursarán las peticiones por conducto de la autoridad judicial superior del lugar en el que se encuentre.

Respecto de la duración de las licencias por enfermedad, se concederán con el límite máximo de seis meses por año computado desde el inicio de las mismas. A partir del sexto mes podrán ser prorrogadas mensualmente por el CGPJ, y para ello será necesario un previo informe de la autoridad judicial que otorgó la licencia inicial, debiendo constar en dicho informe si procede o no la jubilación por incapacidad permanente (art. 246 RCJ).

¹⁰¹⁴ Vid. art. 374 LOPJ y 244.1 del RCJ.

¹⁰¹⁵ Es importante que el informe médico oficial sea completo y exhaustivo, que califique la enfermedad o dolencia, sus efectos sobre la capacidad de trabajo del Juez o Magistrado, el tratamiento que se ha de seguir y los datos en que fundamente la previsión de curación. Con ello se evitan los problemas que pueden surgir en el caso de una futura recaída que se pudiera o no considerar como el mismo proceso patológico.

Por lo que se refiere a los efectos económicos de la licencia por enfermedad, (art. 375 de la LOPJ y 247 del RCJ), hasta el sexto mes inclusive no afectará al régimen retributivo de Jueces y Magistrados, y a partir de dicho mes, sólo darán derecho al percibo de retribuciones básicas y por razón de familia, sin perjuicio de las prestaciones complementarias que procedan, con al arreglo al régimen de Seguridad Social aplicable¹⁰¹⁶.

7.7. Licencia para realizar estudios.

7.7.1. Licencia para realizar estudios generales.

En primer lugar nos ocupamos de “licencias para realizar estudios en general relacionados con la función judicial”, considerándose estudios en general la asistencia a cursos, congresos o jornadas, a las que no haya sido convocado el Juez o Magistrado por el Consejo General del Poder Judicial, así como los exámenes finales y demás

¹⁰¹⁶ Por lo que se refiere al Régimen especial de Seguridad Social del personal al Servicio de la Administración de Justicia, es importante observar lo prescrito en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 3/2000 de 23 de junio por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre la materia y que señala que;

“1. En la situación de incapacidad temporal, el funcionario mutualista tendrá los siguientes derechos económicos;

- a) Durante los seis primeros meses, los previstos en el artículo 375.1 de la Ley 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, y en los reglamentos orgánicos correspondientes a los distintos cuerpos de funcionarios de la Administración de Justicia.
- b) Desde el séptimo mes percibirá las retribuciones básicas y, en su caso la prestación por hijo a cargo y un subsidio por incapacidad temporal a cargo de la Mutualidad General Judicial, cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la incapacidad, será la mayor de las dos cantidades siguientes;
 - 1ª El 80 por 100 de las retribuciones básicas (sueldo y trienios) incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al primer mes de licencia.
 - 2ª el 75 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas en el primer mes de licencia.

La suma de las cantidades anteriores no podrá exceder del importe de las percepciones que el funcionario tuviera en el primer mes de licencia.

2. Cuando la extinción de la situación de incapacidad temporal se produjera por el transcurso del plazo máximo establecido se prorrogarán los efectos de la situación de incapacidad temporal, hasta el momento de la declaración de la jubilación por incapacidad permanente. En aquellos supuestos en que continuando la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la posible calificación del estado del funcionario como incapacitado con carácter permanente para las funciones propias de su Cuerpo o Escala, la misma podrá retrasarse por el período preciso, sin que éste pueda, en ningún caso, dar lugar a que la declaración de la jubilación tenga lugar una vez rebasados los treinta meses desde la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal.

El derecho al subsidio económico por incapacidad laboral se entenderá en todo caso, extinguido por el transcurso del plazo de treinta meses previsto en el apartado anterior.

3. Los permisos o licencias por parto, adopción y acogimiento establecidos en el número 3 del artículo 30/1984 de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, no tendrán la consideración de incapacidad temporal. Si al término del permiso continuase la imposibilidad de incorporarse al trabajo, se iniciarán las licencias que dan lugar a la incapacidad temporal.

4. Tendrán la misma consideración y efectos que la incapacidad temporal la situación de la funcionaria que haya obtenido licencia por riesgo durante el embarazo, en tanto que la misma suponga la no percepción de haberes.”

pruebas definitivas oficiales de aptitud, y otras actividades similares (art. 248.1 y 2 RCJ).

Esta licencia si la ponemos en relación con la prevista para realizar estudios relacionados con la función judicial (art. 248.3 RCJ), es una licencia residual cuyo objeto es la de facilitar el acceso a cursos y jornadas no convocadas por el Consejo o la obtención de títulos o grados oficiales derivados de un estudio o actividad académica y formativa¹⁰¹⁷.

La duración de esta licencia, que dependerá de la naturaleza de los estudios de que se trate, ha de fijarse en el acuerdo de concesión (Art. 249.2 RCJ), que adoptará la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (art. 249.1 RCJ), previo informe favorable y por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Presidente de la Audiencia Nacional o del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, oído, en su caso el Presidente de la Audiencia Provincial o Sala a que pertenezca el Magistrado solicitante.

Asimismo podrá solicitarse informe del servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial sobre el normal funcionamiento del servicio (del juzgado o tribunal), que no será vinculante ni será requisito necesario para la resolución final que proceda sobre la concesión del permiso. Tampoco se precisará del informe del Presidente cuando se trate de licencia para la concurrencia a actividades organizadas por el Consejo General del Poder Judicial a las que haya sido convocado expresamente el Juez o Magistrado¹⁰¹⁸.

Por lo que se refiere al aspecto retributivo, este tipo de licencias solo dan derecho a percibir las retribuciones básicas y por razón de familia. Al final de las mismas se realizará una memoria justificativa de los trabajos que se hayan realizado y la misma se elevará al CGPJ. En el supuesto de que se considerase que los contenidos no fuesen suficientes para justificarla, se compensará la licencia con el tiempo que se determine de las vacaciones del interesado. En el caso de que los estudios se realizaran en el extranjero, la memoria justificativa será examinada por la Comisión de Relaciones Internacionales que elevará informe a los órganos correspondientes del Consejo y del que, en definitiva, conocerá la Comisión Permanente. También podrá informarse de esa memoria por la Vocalía de formación (art. 251 RCJ).

7.7.2. De la licencia para realizar estudios relacionados con la función judicial.

Por lo que se refiere a la licencia para realizar estudios relacionados con la función judicial, hemos de decir que dichos estudios se relacionan y enumeran reglamentariamente (art. 248.3 RCJ) y son los siguientes;

¹⁰¹⁷ Ver en este sentido el Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 29 de enero y 2 de julio de 2003.

¹⁰¹⁸ Este redacción del apartado primero del artículo 249 del Reglamento de la carrera Judicial ha sido introducida por el Acuerdo Reglamentario 3/2002 de 19 de junio del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, resolviendo de esta manera el problema planteado por la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1997 que anuló este apartado en su redacción inicial en cuanto que establecía la necesidad del informe del servicio de inspección del Consejo General del Poder Judicial y declaraba que el otorgamiento de este tipo de licencias tendría carácter discrecional.

a) La preparación de pruebas selectivas de promoción y de especialización previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y la concurrencia a cursos de formación organizados por el Consejo General del Poder Judicial para el cambio de orden jurisdiccional a que se refiere el artículo 105 del presente Reglamento.

b) La concurrencia a actividades organizadas por el Consejo General del Poder Judicial o por otros órganos de gobierno del Poder Judicial, a las que haya sido convocado expresamente el Juez o Magistrado en cuestión.

c) El disfrute de becas que se concedan a Jueces y Magistrados para la realización de una actividad o investigación relacionada con la función judicial.

d) La asistencia a cursos, jornadas, congresos e investigaciones en departamentos académicos, tanto en España como en el extranjero, que se relacionen con las disciplinas jurídicas e independientemente de que el Consejo General participe o no en su programación.

e) Cualesquiera otros estudios jurídicos o de disciplinas relacionados con la función judicial que se consideren necesarios, convenientes y adecuados para la formación de Jueces y Magistrados.

f) Tendrán también la consideración de estudios relacionados con la función judicial los que se realicen fuera de España y tengan por objeto la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, el Derecho Comunitario, la Organización judicial, el estatuto de los Jueces y Magistrados, o la práctica judicial en Derecho comparado, y que estén organizados o en los que participen alguna de las siguientes instituciones;

- El Consejo General del Poder Judicial.
- Ministerios o instituciones públicas españolas o extranjeras.
- El Tribunal de Justicia u otras instituciones de la Unión Europea.
- El Consejo de Europa.
- Cualquier otra institución u organismo relacionado con la Administración de Justicia en cuanto a la convocatoria de actividades que tengan por objeto el tratamiento de cuestiones relacionadas con aquélla.”

De la relación referida, que intenta acotar los estudios relacionados con la función judicial, han existido problemas, a la hora de conceder las correspondientes licencias, con los apartados d) y f), por cuanto que los estudios a los que se refieren tienen una gran amplitud y son definidos de una forma muy genérica, por lo que ha tenido que intervenir la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial para delimitar las zonas grises.

En este sentido, podemos observar como la Comisión Permanente ha denegado en diversas ocasiones la licencia, así por ejemplo;

- Cuando se ha solicitado para reeditar una determinada obra jurídica, considerando que se trataba de un proyecto de carácter privado.
- También se ha denegado la licencia solicitada para intervenir como experto en un determinado proyecto en materia de derecho laboral.
- tampoco se ha concedido licencia a un Magistrado para impartir un Master, considerando que esta licencia no incluye las actividades docentes.
- Asimismo la respuesta ha sido negativa para un Magistrado que la solicitada para intervenir como experto en un proyecto de investigación jurídica que se desarrollaba en el marco de una consultoría y asistencia técnica celebrado entre

el Consejo General del Poder Judicial y una Universidad, entendiendo que se trataba de un supuesto de investigación y creación científica, ajeno, por tanto, a los estudios relacionados con la función judicial.

- Se han denegado también este tipo de licencias para impartir curso de postgrado, o para la preparación de una ponencia o trabajo.

Por otro lado, y en sentido contrario, la respuesta de la Comisión Permanente si ha sido positiva otorgando este tipo de licencias para la asistencia a jornadas o congresos referidos a las materias previstas en el Reglamento de la Carrera Judicial, en los que el Juez o Magistrado interviene como ponente en alguna de las sesiones, en estos supuestos la Comisión Permanente ha entendido que la participación del Juez o Magistrado tiene un correlativo componente formativo para el propio solicitante.

En cuanto a la duración de este tipo de licencias que se fijará en el Acuerdo de Concesión, vendrá determinada por la naturaleza de los estudios de que se trate (art. 249.2 RCJ). En el supuesto de que se trate de estudios para la preparación de pruebas de promoción y especialización previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, la duración máxima de la licencia que podrán solicitar los participantes en dichas pruebas se establecerá en la correspondiente convocatoria¹⁰¹⁹. Estas licencias se podrán conceder con o sin comisión de servicios, si lo son con comisión de servicios no hemos de olvidar que su duración no podrá ser superior a un año prorrogable por otro (Art. 350.1 LOPJ)¹⁰²⁰.

Estas licencias serán concedidas por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, que resolverá con carácter reglado, previo informe favorable y por conducto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, oído, en su caso el Presidente de la Audiencia Provincial o Sala a que pertenezca el Magistrado solicitante. Asimismo podrá solicitarse informe del Servicio de inspección del Consejo General del Poder Judicial sobre el normal funcionamiento del servicio, que no será vinculante ni será requisito necesario para la resolución final que proceda sobre la concesión del permiso¹⁰²¹ (art. 249.1 RCJ).

Esta licencia no afecta al régimen retributivo de quien la disfrute (art. 250.2 RCJ). Debiendo tener en cuenta que en el supuesto de las licencias sean otorgadas para la preparación de pruebas de promoción y especialización previstas en la LOPJ, y si su duración máxima fuera superior a un mes, podrá solicitarse, en cuanto al exceso, en las condiciones de retribución previstas en el art. 251 del RCJ, es decir con derecho a percibir únicamente las retribuciones básicas y por razón de familia. No obstante, como quiera que el Tribunal calificador de las pruebas ha de emitir un informe sobre el aprovechamiento demostrado por el aspirante que no hubiere superado la prueba, a la

¹⁰¹⁹ Habiendo sido introducido esta cuestión relativa a las pruebas de promoción y especialización por el ya citado Acuerdo Reglamentario 3/2002 de 19 de junio, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

¹⁰²⁰ Cfr. Art. 250.2 RCJ.

¹⁰²¹ El interesado que solicite este tipo de licencia lo habrá de realizar en formulario normalizado (BOE núm. 9 de 11 de enero de 2000), y en dicho formulario-solicitud concretarán con precisión el tipo de estudio, y su conexión o relación con la función judicial aportando todos los justificantes de los que dispongan para facilitar la información adecuada.

vista de dicho informe, así como de la puntuación final obtenida y de la memoria elaborada por el interesado, el Consejo General del Poder Judicial podrá resolver que el interesado, a pesar de no haber superado las pruebas, perciba completa la retribución que le corresponda¹⁰²².

Una vez finalizada la licencia se elevará al C.G.P.J. memoria justificativa de los estudios realizados, y si su contenido no fuese suficiente para justificar la licencia, se procederá a compensar esta licencia con el tiempo que se determine de las vacaciones del interesado. Si los estudios se llevaran a cabo en el extranjero la memoria justificativa será examinada por la Comisión de Relaciones Internacionales, que elevará informe a los órganos correspondientes del Consejo y del que, en definitiva, conocerá la Comisión Permanente, pudiendo también informarse esta memoria por la Vocalía de Formación¹⁰²³.

Cuando las licencias son concedidas para la preparación de pruebas de promoción y especialización previstas en la LOPJ, la superación de dichas pruebas exime de la presentación de la memoria justificativa y excluye la posibilidad de la compensación sobre el tiempo de vacaciones¹⁰²⁴ (art. 250.2 RCJ).

7.8. Licencia por asuntos propios.

En primer lugar distinguimos en esta clase de licencias dos tipologías, que se trate de licencia por asuntos propios sin derecho a retribución, o con derecho a retribución.

En el primer caso, licencia por asuntos propios sin derecho a retribución, la duración no podrá en ningún caso exceder de tres meses cada dos años (art. 252.1 RCJ) y la solicitud de esta licencia por asuntos propios, se elevará al Consejo General del Poder Judicial por conducto y con informe del Presidente del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional o el Tribunal Superior de Justicia, según el órgano en el que se encuentre destinado el solicitante. El informe valorará la repercusión que el otorgamiento de la licencia suponga en el normal funcionamiento de la Administración de Justicia (artículo 252.3 inciso primero RCJ), lo que conllevará también una valoración sobre el trabajo o rendimiento del Juez o Magistrado solicitante.

Por otro lado, y como ya hemos señalado, cabe la posibilidad de que la licencia por asuntos propios lo sea con derecho a retribución, esto podrá suceder en dos supuestos;

¹⁰²² También ha sido introducida esa cuestión por el referido Acuerdo Reglamentario 3/2002 de 19 de junio, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

¹⁰²³ Vid. Art. 251 del RCJ.

¹⁰²⁴ También esta regulación ha sido introducida por el repetido Acuerdo Reglamentario 3/2002, de 19 de junio, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Recordemos que la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1996 (RJ 1996\763) declaró que se infringe el art. 373.2 de la LOPJ por la norma reglamentaria (anterior al actual Reglamento de Carrera Judicial) que facultaba al Consejo a dispensar, excepcionalmente, al Juez o Magistrado solicitante de la obligación de presentar memoria justificativa en atención a la clase de estudios a realizar, ya que el citado artículo de la LOPJ no contempla ningún supuesto de excepción a la obligación de presentar la memoria. Este precepto reglamentario se mantuvo en el artículo 250.2 del Reglamento de Carrera Judicial, y ha sido anulado por otra sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1997 (RJ 1997\7965)

cuando exista una especial dificultad en el ejercicio de la jurisdicción¹⁰²⁵ (Art. 252.2 del RCJ), o cuando obedezca a la especial gravedad de la situación personal del Juez o Magistrado¹⁰²⁶ (art. 252.4 RCJ).

7.8.1. Cuando obedece a la especial dificultad con que se ejerce la jurisdicción.

El primer supuesto se refiere a la licencia especial con retribución para jueces destinados en órganos judiciales caracterizados por las condiciones de especial dificultad en que se ejerce la jurisdicción con proyección sobre la situación personal del Juez o Magistrado. Por lo tanto esta licencia atiende a circunstancias extraordinarias derivadas de la especial dificultad del destino servido. No podrán superar la duración de quince días hábiles anuales, susceptibles de ser distribuidos en periodos no inferiores a cinco días hábiles. Siendo el órgano competente para el otorgamiento de dicha licencia el mismo que para el caso de las licencias no retribuidas (art. 252.3 RCJ), el CGPJ.

De la concesión de esta clase de licencias por asuntos propios, hemos de decir que resulta muy compleja en su aplicación práctica por la gran cantidad de conceptos jurídicos indeterminados que contiene¹⁰²⁷ y que ha hecho necesario que por la Comisión Permanente del Consejo del Poder Judicial se establezcan una serie de criterios que ayuden en su aplicación, los cuales se concretaron en el Acuerdo de 29 de enero de 2003, siendo estos criterios los siguientes;

- Las peticiones de licencia por asuntos propios previstas en el artículo 252.2 del RCJ¹⁰²⁸, se tramitarán en Instancia normalizada, aprobada por Acuerdo de la Comisión Permanente de 19 de junio de 2002.
- Se cursarán por conducto y con el informe del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, quien acompañará el detalle de licencias disfrutado en la última anualidad.
- Las peticiones se cursarán con antelación suficiente, debiendo tener entrada en el Tribunal Superior de Justicia, con la antelación mínima fijada por el mismo, y con tres días de antelación a la fecha de la reunión semanal de la Comisión Permanente¹⁰²⁹.
- El período mínimo de disfrute de la licencia será de cinco días. El disfrute en fracciones superiores no múltiplos de cinco implicará la pérdida de las

¹⁰²⁵ Esta nueva redacción del apartado 2 del artículo 252 del RCJ ha sido introducida por el citado Acuerdo Reglamentario 3/2002 de 19 de junio del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

¹⁰²⁶ En este caso fue el Acuerdo Reglamentario 1/2003 de 12 de febrero, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, el que introdujo el nuevo número 4 del artículo 252 del RCJ.

¹⁰²⁷ En este sentido el art. 252.3 del RCJ señala que la licencia ha de obedecer a las “circunstancias de especial dificultad” en las que se ejerce la jurisdicción, sin delimitar o concretar aunque fuera someramente cuáles pueden ser estas condiciones de especial dificultad, aunque del tenor del artículo estas condiciones han de “poder llegar a afectar gravemente a la situación personal del Juez o Magistrado”, sin que tampoco tengamos unos elementos mínimos que delimiten la situación personal del Juez o Magistrado.

¹⁰²⁸ En la redacción dada al mismo por el Acuerdo Reglamentario 3/2002 de 19 de junio.

¹⁰²⁹ Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 10 de noviembre de 1999.

fracciones correspondientes (debe entenderse del exceso del múltiplo indicado) en la anualidad correspondiente. En períodos de días consecutivos superiores a cinco días se computarán todos los días hábiles.

- El período máximo de disfrute de quince días anuales se computará por años naturales, exigiéndose la permanencia de un año en la Comunidad Autónoma correspondiente para el disfrute del período máximo. En caso contrario, se distribuirá el periodo proporcionalmente.

- El otorgamiento de la licencia se subordina, en todo caso, a la repercusión que el otorgamiento de la licencia suponga en el normal funcionamiento de la Administración de Justicia, y en consecuencia al cumplimiento de los módulos de trabajo establecidos por el Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio de las circunstancias particulares de cada órgano.

7.8.2. Cuando obedece a la especial gravedad de la situación personal del juez o Magistrado.

El segundo supuesto al que nos referíamos anteriormente, la licencia retribuida basada en circunstancias que afecten gravemente a la situación personal del Juez o Magistrado, (Art. 252.4 RCJ) se concreta en la posibilidad de otorgar esta licencia en base a circunstancias personales o familiares debida y objetivamente acreditadas que afecten gravemente a la situación personal del Juez o Magistrado, y cuya especial gravedad deberá valorar el Consejo General del Poder Judicial.

La duración máxima de esa licencia será de 15 días hábiles, que podrán ser prorrogados excepcionalmente, si subsisten las circunstancias que motivaron su otorgamiento y lo permiten las necesidades del servicio. Por otro lado se prevé que en situación de excepcional urgencia, esta licencia podrá ser concedida por el Presidente del Tribunal correspondiente, quien dará cuenta inmediatamente al Consejo General del Poder Judicial (art. 252.4 segundo inciso del RCJ).

A pesar de la reforma reglamentaria del sistema de licencias y permisos, que pretendía la conciliación de la vida familiar y laboral, sigue sin contemplarse aún una serie de circunstancias personales especiales (por ejemplo, enfermedad grave de un familiar muy próximo cuyo tratamiento requiere una atención personal continuada), que hacen incompatible el adecuado desarrollo de la función durante un período de tiempo más prolongado que el que actualmente permiten los permisos ordinarios¹⁰³⁰. Por lo que queda pendiente una necesaria modificación del art. 252 RCJ para incluir en dicha norma reglamentaria un nuevo tipo de licencia, basada en circunstancias personales del Juez o Magistrado, y cuya especial gravedad habrá de valorar el Consejo General del Poder Judicial.

Continuando con la licencia retribuida por asuntos propios hemos de destacar que la misma tiene un carácter extraordinario, y por lo tanto su concesión está sujeta a la imposibilidad de utilizar otra licencia legal o reglamentariamente prevista y a la acreditación objetiva y suficiente de la especial gravedad de las circunstancias personales o familiares aducidas por el solicitantes, razón por la cual los peticionarios

¹⁰³⁰ En este sentido se expresa la exposición de motivos del Acuerdo Reglamentario 1/2003 de 12 de febrero del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

habrán de reunir todos los datos y justificantes que sean necesarios a tal fin, así como la justificación de su necesidad y la imposibilidad de utilizar otro permiso o licencia¹⁰³¹.

También es preciso para el otorgamiento de la licencia, verificar los presupuestos de hecho necesarios que legitiman la concesión de la misma, es decir, se requiere acreditar la existencia de una circunstancia familiar o personal con entidad suficiente para “afectar gravemente a la situación personal del Juez o Magistrado”, hasta el punto de hacer inadecuado el desarrollo de la función judicial¹⁰³².

Es al Consejo General del Poder Judicial a quien corresponde valorar las circunstancias de especial gravedad, y conceder la licencia extraordinaria en la extensión procedente, de acuerdo con aquellas circunstancias. No hemos de olvidar que el objeto y fin principal de la norma se concreta en posibilitar un permiso por razón de situaciones personales con entidad para causar una grave afectación personal en el Juez o Magistrado, que tienen su origen en circunstancias familiares de especial gravedad que hacen aconsejable no desempeñar la función jurisdiccional¹⁰³³.

Como vemos el Consejo General del Poder Judicial es muy riguroso en sus exigencias, y en algunos puntos excesivos. Podemos mostrar nuestro acuerdo con la exigencia de la acreditación completa y detallada de las circunstancias personales o familiares¹⁰³⁴ que afecten gravemente a la situación personal del Juez o Magistrado¹⁰³⁵, pero no podemos entender adecuada a la norma la exigencia de que sea imposible la utilización de otra licencia legal o reglamentariamente prevista, puesto que esta exigencia no se deduce del texto reglamentario. Es por ello que concurriendo los presupuestos establecidos en el precepto para la concesión de esta licencia, es obligado su otorgamiento, salvo, como dice el mismo precepto, las necesidades del servicio no lo permitan o, una vez concedida, sobrevengan circunstancias excepcionales que obliguen a su suspensión o revocación, (art. 376 de la LOPJ y 259 del RCJ) en cuyo caso la resolución correspondiente deberá tener una fundamentación específica.

Por otro lado sorprenden las indefiniciones e imprecisiones técnicas en un precepto reglamentario como el art. 252 del RCJ, el cual es de muy reciente reforma¹⁰³⁶, y al que se añadió su apartado cuarto por Acuerdo Reglamentario 1/2003 (BOE del 22)

¹⁰³¹ Acuerdo 8º Bis de 18 de marzo de 2003 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial.

¹⁰³² Véase en este sentido los Acuerdos de la Comisión Permanente del CGPJ número 46 y 48 de 3 de junio de 2003.

¹⁰³³ Acuerdo de la Comisión Permanente de 11 de marzo de 2003 y de 21 de mayo de 2003.

¹⁰³⁴ Asimismo hemos de tener en cuenta que deberá acreditarse el vínculo familiar en cuestión.

¹⁰³⁵ Habrán de aportarse también los correspondientes informes sobre la gravedad de la enfermedad, sobre la incidencia en la actividad ordinaria del Juez o Magistrado, su dedicación, en su caso, a la atención del pariente o familiar.

¹⁰³⁶ Redactado conforme al acuerdo Reglamentario 3/2002 de 19 de junio (BOE del 29) del Pleno del CGPJ por el que se modifica el Reglamento 1/1995 de 7 de junio de la Carrera Judicial, en lo relativo a permisos y licencias.

de 12 de febrero del Pleno del CGPJ, es decir siendo también un precepto reglamentario muy reciente. Su aplicación va a ser problemática, y ello;

- porque el mismo no ha delimitado el grado de parentesco entre la persona que sufra la enfermedad o circunstancia que afecte gravemente a la situación personal del Juez o Magistrado, y el mismo.
- Tampoco hay indicación ni norma alguna que permita distinguir con carácter general la duración de la licencia en función de la gravedad de la enfermedad o circunstancia personal o familiar aducida.
- Tampoco se establece nada sobre el hecho de que la circunstancia personal aducida ocurriese en población que obligue al Juez o Magistrado a desplazarse, ni sobre la existencia de otros parientes que puedan concurrir con el solicitante a la atención del problema familiar o personal en cuestión.
- Tampoco se señala cuantas prórrogas son posibles.
- Y nada se dice por último del número de licencias que se puedan disfrutar durante un período de tiempo determinado.

7.9. Licencias extraordinarias.

De las licencias extraordinarias se ocupa el Reglamento de la Carrera Judicial en sus artículos 253 a 256, y como tales podemos distinguir las siguientes; licencias para acudir a cursos de selección o de prácticas, licencias asociativas, licencias para los candidatos o representantes de las candidaturas que concurren a las elecciones a las Salas de Gobierno y licencias para los Jueces y Magistrados que sean compromisarios de la Mutualidad General Judicial.

Respecto de las licencias para acudir a cursos de selección o de prácticas en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia o en otros Centros de selección para el acceso a la función pública, estas durarán el tiempo del curso y serán otorgadas por el CGPJ, correspondiéndole los derechos retributivos establecidos en las normas reguladoras del Estatuto de los funcionarios en prácticas (art. 253 RCJ).

En cuanto a las denominadas licencias asociativas, hemos de distinguir si son para los directivos de las asociaciones o si son para los miembros de estas asociaciones, (art. 254. 1 y 2 RCJ). Con respecto a las primeras tendrán derecho a licencia extraordinaria, subordinada en todo caso a las necesidades del servicio, los directivos de las asociaciones judiciales para concurrir a las actividades asociativas, bastando al efecto con la mera comunicación del interesado al Presidente de quien gubernativamente dependa. Y respecto de las segundas, licencias extraordinarias para los miembros de la asociación, las mismas se subordinan en todo caso a las necesidades del servicio, y son otorgadas por el CGPJ previo informe de la vocalía de relaciones con las asociaciones judiciales¹⁰³⁷, para concurrir a actividades asociativas organizadas por las asociaciones.

¹⁰³⁷ La Comisión Permanente ha reiterado que todas las peticiones de licencias extraordinarias para actividades asociativas sean dirigidas al Consejo, con la antelación suficiente, por conducto de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, de los que gubernativamente dependan los asociados, y dichos Presidentes las remitirán, con su informe preceptivo, a la Comisión permanente del mismo Consejo.

En tercer lugar cabe el derecho a licencia extraordinaria para los candidatos y los representantes de las candidaturas que concurran a las elecciones a las Salas de Gobierno, estas licencias se subordinan a las necesidades del servicio, y se otorgan por el CGPJ por un máximo de tres días (art. 255 RCJ).

Y en cuarto y último lugar, cabe licencia extraordinaria, naturalmente también sujeta a las necesidades del servicio, para los Jueces y Magistrados que sean compromisarios de la Mutualidad General Judicial y sean convocados para asistir a las asambleas de la misma. Esta Licencia también se sujeta a las necesidades del Servicio, otorgándolas el C.G.P.J. (art. 256 RCJ).

Nada se dice, extrañamente de la duración de estas licencias, pero una interpretación correcta nos ha de llevar a entender, que durará el tiempo necesario para el desplazamiento y participación en dichas asambleas.

8. DERECHO A LOS HONORES Y TRATAMIENTO Y DERECHO AL ASCENSO Y A LA PROMOCIÓN PROFESIONAL.

8.1. DERECHO A LOS HONORES, TRATAMIENTO, TRAJES, E INSIGNIAS.

Se regulan los Honores y Tratamientos a los Jueces y Magistrados en los artículos 324 y 325 de la LOPJ que conforman el capítulo IV del Título I, de Libro IV de la LOPJ. Y señalan que El Presidente y los Magistrados del Tribunal Supremo, el Presidente de la Audiencia Nacional y los de los Tribunales Superiores de Justicia tienen el tratamiento de excelencia, y los Presidentes de las Audiencias Provinciales y demás Magistrados de señoría ilustrísima, y los Jueces de Señoría (Art. 324 LOPJ).

Asimismo se prevé que en los actos de oficio, los Jueces y Magistrados no podrán recibir mayor tratamiento que el que corresponda a su empleo efectivo en la carrera judicial, aunque tuvieren un tratamiento superior en diferente carrera o por otros títulos.(Art. 325 LOPJ).

Asimismo hemos de tener en cuenta lo dispuesto en el art. 105 de la LOPJ, que señala que “El Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial es la primera autoridad judicial de la Nación y ostenta la representación del Poder Judicial y del órgano de gobierno del mismo. Su categoría y honores serán los correspondientes al titular de uno de los tres poderes del Estado”. Por su parte el Vicepresidente y Vocales del Consejo General del Poder Judicial tienen tratamiento de Excelencia – artículo 19 del Reglamento de Organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial-, teniendo también dicho tratamiento el Secretario General de Consejo General del Poder Judicial de acuerdo con el artículo 90 párrafo tercero del mismo Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial.¹⁰³⁸

Los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia ostentarán la representación del Poder Judicial en la Comunidad Autónoma correspondiente, siempre que no concurra el Presidente del Tribunal Supremo, y cuando en el seno de un mismo Tribunal existan varias Salas, la representación reducida a las provincias donde extienda jurisdicción corresponderá al Presidente de Sala de lo Contencioso-Administrativo o de lo Social, siempre que no concurren ni el Presidente del Tribunal o el Presidente del Tribunal Supremo. Si existieren Salas de lo Contencioso Administrativo y de lo Social, la representación corresponderá al Presidente de Sala que designe el Consejo General del Poder Judicial (Art. 161 de la LOPJ).

¹⁰³⁸ Véase en este sentido el art. 4 del Reglamento 2/2005 de Honores, tratamientos y protocolo en los actos judiciales solemnes, que dispone que “El Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, tiene la categoría y honores que corresponden al titular de uno de los tres poderes del Estado (artículo 105 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El Vicepresidente y Vocales del Consejo General del Poder Judicial tienen tratamiento de Excelencia (artículo 19 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial).

Tienen también dicho tratamiento el Secretario General del Consejo General del Poder Judicial (artículo 90.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial).”

Hay que mencionar que es el art. 110.2 en su apartado q) el que atribuye al Consejo General del Poder judicial la competencia para dictar reglamentos sobre honores y tratamientos de Jueces y Magistrados y reglas sobre protocolo en actos judiciales. Y en base a este precepto, se ha aprobado por Acuerdo de 23 de noviembre de 2005 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial el Reglamento 2/2005 de honores, tratamientos y protocolo en los actos judiciales solemnes¹⁰³⁹, colmando de esta manera lo que ha sido una importante laguna jurídica, la organización del protocolo en los actos del propio Consejo y de los órganos de gobierno del poder judicial.

Como se recoge en el preámbulo del propio Reglamento 2/2005, la regulación de los honores, los tratamientos y el protocolo no constituye en puridad una cuestión de imagen, sino que lo que conlleva es la “adecuada ubicación del Poder Judicial, de sus integrantes y órganos de gobierno en el seno de las relaciones institucionales”, lo que permite visualizar el rango y régimen constitucional del Poder Judicial y su solemnidad como poder del Estado, por parte de los ciudadanos y del resto de los Poderes e Instituciones. Como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de diciembre de 1986 (RJ 1986\7103), recogiendo la doctrina de las Sentencias del Tribunal Constitucional de 22 de junio de 1982 (RTC 1982\38) y de 30 de enero de 1985 (RTC 1985\12), “la ordenación de las precedencias de los cargos y entes públicos en los actos oficiales”, se trata de una cuestión que desborda lo que puede señalarse como vida social o mero protocolo, puesto que “afecta a la imagen y representación externa de las autoridades y entes entre sí y ante los ciudadanos todos”.

Fuera de lo que es la regulación reglamentaria que ahora comentamos, el Consejo General del Poder Judicial y los demás órganos de gobierno de la Justicia, no han tenido, hasta ahora, un régimen jurídico específico regulador de esta materia, salvo los preceptos contenidos en la LOPJ y referidos más arriba, esto a dado lugar a que se hayan tenido que realizar esforzadas interpretaciones de estas normas, teniendo que acudir a la costumbre, y en muchas ocasiones a la improvisación. Es por ello que el reglamento que se ha dictado pretende dar respuesta a la situación, conjugando la normativa existente con la tradición y costumbre.

El Reglamento 2/2005, consta de un título Preliminar, seis títulos y cuatro anexos. Su objeto como señala su artículo 1 es la regulación “de los honores y tratamientos de las autoridades judiciales, el protocolo de los actos judiciales solemnes y de los actos de juramento o promesa y toma de posesión; también regula, con carácter general, el uso de la toga e insignias del cargo y de condecoraciones”, no siendo de aplicación este reglamento a los actos jurisdiccionales que habrán de regirse por las leyes procesales con excepción del título IV del Reglamento que se ocupa del uso de toga e insignias del cargo y uso de condecoraciones, y por otro lado tampoco será de aplicación las disposiciones reglamentarias a los actos no judiciales a los que concurren miembros de los órganos de gobierno del Poder Judicial, o en general, jueces y magistrados y que se regulen por las normas de protocolo de la Administración Pública que organice el acto.

¹⁰³⁹ Con fecha 27 de diciembre de 2005, se publicó en el BOE, Corrección de errores en el Acuerdo de 23 de noviembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se aprueba el Reglamento nº 2/2005 de honores, tratamientos y protocolo en los actos judiciales solemnes.

En lo que se refiere a honores y tratamientos (Título I del Reglamento 2/2005) podemos destacar el art. 6 de dicho Reglamento que se refiere al tratamiento de los Jueces y Magistrados jubilados, señalando que de no haber sido nombrados Magistrados éméritos “conservarán el tratamiento correspondiente a la categoría alcanzada en el momento de la jubilación. Asimismo tendrán derecho al uso de la toga e insignias del cargo cuando concurren a los actos judiciales solemnes a los que fuesen invitados”. En definitiva se les otorga un trato específico permitiéndoles mantener el tratamiento honorífico, aun cuando se haya extinguido su relación de servicios.

Ya hemos referido anteriormente que el ámbito de aplicación del Reglamento 2/2005 se concreta al de los actos judiciales, pues esta es la materia sobre la que el CGPJ tiene plena potestad normativa de acuerdo con el art. 110.2 q) de la LOPJ. Y dentro de este ámbito competencial podríamos diferenciar y sólo a efectos protocolarios entre los que podemos denominar actos judiciales solemnes y actos gubernativos judiciales.

En cuanto a los primeros, actos judiciales solemnes, de los mismos se ocupa el título II del Reglamento 2/2005. Se trata de aquellos actos organizados por el CGPJ, y por los demás órganos de gobierno del Poder Judicial, y se regula la presidencia de dichos actos (Capítulo I), las precedencias en los mismos si son organizados por el CGPJ (Capítulo II), o por los órganos de gobierno interno del poder judicial (capítulo III), o si se trata de otros actos judiciales solemnes (capítulo IV), como el acto de apertura de Tribunales en el Tribunal Supremo, o el acto de entrega de despachos¹⁰⁴⁰.

Por lo que se refiere a los segundos, los actos gubernativos judiciales, se regulan los que tienen esa significación, habida cuenta de que conllevan los mismos, no un valor puramente simbólico, sino también una relevancia normativa. Se trata de actos que se desarrollan en el ámbito de los órganos de gobierno interno, y que tienen una especial previsión normativa, como son los de jura o promesa y la toma de posesión. La regulación de dichos actos que se contienen en el título III del Reglamento 2/2005, vienen a recoger lo que hoy son las prácticas habituales. Nosotros nos remitimos desde aquí al epígrafe dedicado al juramento o promesa y a la toma posesión para un análisis más exhaustivo del mismo.

El uso de la toga, insignias y condecoraciones, como recoge el preámbulo del Reglamento 2/2005, tiene como fin velar por el cumplimiento de este deber, entendido en el sentido “de que la dignidad y solemnidad de los actos judiciales compromete, en buena medida, el debido respeto a los ciudadanos y a la función que ejercen Jueces y Magistrados”. Dicha regulación se contiene en el título IV del mencionado Reglamento, y como hemos señalado en otro momento, como excepción aquí también es de aplicación el uso de toga e insignias a los actos jurisdiccionales que se celebren en los estrados de cada Juzgado o Tribunal además de a los actos judiciales solemnes.

¹⁰⁴⁰ Respecto de este último tenemos como novedad el acto específico de entrega de despachos a quienes ingresen en la Carrera Judicial por la categoría de Magistrados, bien por concurso ente juristas de reconocido prestigio al que se refiere el artículo 301.6 de la LOPJ o bien por superar las pruebas de especialización en los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social, que consistirá en un acto protocolario que se celebrará preferentemente en la sede del Consejo General del Poder Judicial; será presidido por el Presidente del CGPJ, y asistirán aquellas autoridades que se considere oportuno (art. 20 Reglamento 2/2005).

En cuanto al nombramiento de Jueces y Magistrados, del mismo se ocupa el Título V de la disposición reglamentaria que estudiamos, señalando que el mismo se efectuará en la forma prevista en el artículo 316 de la LOPJ. Asimismo prevé como se documentarán los nombramientos mediante el oportuno título (art. 35 Reglamento 2/2005).

Por último se cierra la norma reglamentaria con un título VI en el que se crea una Unidad de relaciones Institucionales y protocolo, y cuatro anexos en los que respectivamente, se describe el modelo de placa y medalla de Jueces y Magistrados, las características de la placa y la medalla de Vocales y Secretario del Conejo General del Poder Judicial, la fórmula para el nombramiento de Magistrados del Tribunal Supremo y Magistrados, la fórmula para el nombramiento de Jueces.

8.2. DERECHO AL ASCENSO Y A LA PROMOCIÓN PROFESIONAL.

8.2.1. Consideraciones generales.

Escribe CALAMANDREI¹⁰⁴¹ que “... aun cuando la magistratura sea liberada de toda ingerencia gubernativa, no se podrá evitar que en el interior de este orden independiente de cualquier otro poder, la independencia de cada magistrado pueda ser amenazada igualmente por el humano deseo de no enemistarse con los que pueden disponer de su carrera”, por ello también es oportuno recordar lo que ya indicamos en su momento de la mano de BECEÑA, que la principal ventaja de la oposición, era que en el momento del acceso a la Carrera “...libraba al Juez de la intervención del Ejecutivo...”, aunque casi a renglón seguido, maliciaba que “...lo que, en esta hipótesis...pierde éste, lo gana inmediatamente si el traslado y el ascenso quedan en sus manos; abandona al opositor, pero recobra al Juez, que es el que, como poder, le interesa tener bajo su dependencia...”¹⁰⁴². En el mismo sentido DE OTTO señalaba que “La regulación de esta movilidad interna de los Jueces, es como ya hemos visto, de capital importancia, pues la provisión de plazas en Tribunales superiores, o simplemente mejores por cualquier razón que sea, puede ser utilizada como un premio para obtener una magistratura dócil y mermar la independencia judicial”¹⁰⁴³.

En la primera parte de este trabajo al ocuparnos de la independencia judicial ad-intra ya abordamos los peligros de afección de la independencia judicial por la actuación sobre el ascenso y la promoción profesional de Jueces y Magistrados de mano de los órganos de Gobierno del Poder Judicial, por lo que para esa cuestión nos remitimos al epígrafe referido.

El paso de la categoría de Juez a la categoría de Magistrado supone el ascenso si se produce por antigüedad, o la promoción, si el pase de una categoría a otra se realiza

¹⁰⁴¹ CALAMANDREI, P. “*Proceso y Democracia*”, Buenos Aires, 1960, pág. 98, dentro del capítulo III (“Independencia y sentido de responsabilidad del Juez”), apartado 6, que lleva el expresivo epígrafe “Los peligros de la carrera”.

¹⁰⁴² BECEÑA, F. *Magistratura y Justicia*. Op. Cit. pág. 309.

¹⁰⁴³ DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 121,122.

mediante pruebas selectivas o de especialización. Para la promoción por antigüedad¹⁰⁴⁴ es preciso tres años de servicios efectivos; para las pruebas selectivas o de especialización bastará con dos.

Podrán presentarse también a las pruebas de especialización en los órdenes contencioso-administrativo y social, los miembros de la Carrera Judicial con categoría de magistrado y, como forma de acceso a la Carrera Judicial, los de la Carrera Fiscal; en ambos casos, será necesario haber prestado al menos dos años de servicios efectivos en sus respectivas carreras. Igual exigencia se requerirá a quienes se presenten a las pruebas selectivas a las que se refiere el apartado 4 del artículo 329 de la LOPJ (art. 311.2 LOPJ).

La distribución de cada cuatro vacantes que se produzcan en la categoría de Magistrado es la siguiente; La 1ª y 2ª se proveerán mediante ascenso –al que se podrá renunciar¹⁰⁴⁵ - con los jueces que ocupen el primer lugar en el escalafón de jueces (art. 311.1.1 y 2 LOPJ), al incorporar la LO 19/2003 la posibilidad de renunciar al ascenso notificándolo expresamente al CGPJ, desaparece la promoción forzosa que hasta el momento se venía aplicando en este sentido. La 3ª vacante, se proveerá por medio de pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, y de especialización en los órdenes contencioso-administrativo y social, entre Jueces con dos años de servicios efectivos (art. 311.1/III y 2 LOPJ). La cuarta vacante se proveerá por concurso, entre juristas de reconocida competencia y con más de 10 años de ejercicio profesional, que superen el curso de formación al que se refiere el apartado 5 del artículo 301 LOPJ. A su vez, una tercera parte de estas vacantes se reservarán a miembros del Cuerpo de Secretarios Judiciales de primera o segunda categoría.¹⁰⁴⁶

Las pruebas selectivas para la promoción de la categoría de Juez a la de Magistrado en los órdenes jurisdiccionales civil y penal tenderán a apreciar el grado de capacidad y la formación jurídica de los candidatos, así como sus conocimientos en las distintas ramas del Derecho, mientras que las pruebas para la promoción de la categoría de Juez o la de Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo y de lo social tenderán a apreciar, en particular, aquellos conocimientos que sean propios de cada orden jurisdiccional. El CGPJ nombrará el Tribunal de estas pruebas, cuya composición determina el art. 314 LOPJ¹⁰⁴⁷ y aprobará el régimen jurídico de las mismas (Cfr. Art.

¹⁰⁴⁴ Señalaba DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 124, que “Hacer de la antigüedad el único criterio para la promoción significa sin duda recurrir a un baremo absolutamente objetivo, plenamente igualador y ajeno a toda discrecionalidad. Pero precisamente por eso, por tratarse de un criterio impersonal ante el que todos son iguales, se elimina todo incentivo. El Juez sabe que con el simple transcurso del tiempo “hará carrera”Cualquier conocedor de nuestra Administración de Justicia sabe que no es insólita la figura del Juez que abandona todo estudio desde el momento mismo de su ingreso en la Carrera Judicial.”

¹⁰⁴⁵ Cfr. Art. 311.1/II LOPJ.

¹⁰⁴⁶ Art. 311.1.IV de la LOPJ.

¹⁰⁴⁷ El art. 314 de la LOPJ dispone que “El tribunal de las pruebas selectivas previstas en el artículo 312 de esta Ley será nombrado por el Consejo General del Poder Judicial, estará presidido por el Presidente del Tribunal Supremo o magistrado del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia en quien delegue, y serán vocales: dos magistrados, un fiscal, dos catedráticos de universidad designados por razón de la materia, un abogado con más de diez años de ejercicio profesional, un abogado del Estado, un Secretario judicial de primera categoría y un miembro de los órganos técnicos del Consejo General del

312.3 LOPJ). A las pruebas de especialización en los órdenes contencioso-administrativo y social, también podrán presentarse los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de Magistrado –que deseen adquirir la condición de Magistrado-especialista en el respectivo orden jurisdiccional- (art. 311.2 LOPJ), y como forma de acceso a la carrera judicial, los de la carrera Fiscal.

La provisión de destinos o plazas de la Carrera Judicial se hará por concurso en la forma que determina la LOPJ, o mediante designación. Los concursos para la provisión de plazas en los juzgados – la LDyPJ y los Reales Decretos que la desarrollan los clasifican en función de la categoría (de Juez o de Magistrado) que hay que exigirle a su titular- y en los órganos colegiados, se resolverán conforme al criterio de la antigüedad entre los que ostenten la categoría necesaria (arts. 329.1 y 328, 330.1 y 6 LOPJ).

Como vemos podemos decir que el régimen de provisión de vacantes y de traslados de Jueces se efectúa, mediante concurso, en el que rige el criterio de la antigüedad y se lleva a cabo de conformidad con el orden previsto en el escalafón judicial. Pero los del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de lo Social, los Jueces de Menores y los Jueces de lo Mercantil requieren además el título de especialista en tales cometidos (art. 329.2 y 3 y Reglamento 1/2004 de 25 de febrero).

Asimismo, para el acceso de Juez a la categoría de Magistrado rige también, como regla general el criterio de la antigüedad, ya que, como hemos dicho, dos de cada cuatro vacantes se reserva a esta vía de promoción interna (art. 311.1 LOPJ).

Dice RODRIGUEZ PADRÓN¹⁰⁴⁸, que una de las más claras apuestas de la LO 19/2003 de 23 de diciembre, en lo que se refiere a la estructura de la Carrera Judicial es la de la especialidad, en donde se constata un gran avance sin haber agotado aún todo lo que puede dar de sí el sistema. Opina este autor que la materialización de la especialización de los titulares de los órganos judiciales se lleva a cabo en esta Ley a través de la regulación de la provisión de destinos, en la que se utiliza un criterio triple al que nos hemos referido anteriormente; la titulación de especialista, la permanencia en un orden jurisdiccional concreto durante los años inmediatamente anteriores a la petición de la plaza, o, con carácter siempre residual, el criterio de la antigüedad escalafonal.

Poder Judicial, licenciado en derecho, que actuará como secretario. Cuando no sea posible designar los catedráticos de universidad, podrán nombrarse, excepcionalmente, profesores titulares”.

Hemos de destacar en torno al presente precepto, art. 314 de la LOPJ, que a pesar de que la posibilidad de delegación por el catedrático de Universidad en un profesor titular se ha suprimido para el tribunal de acceso por el turno libre (art. 304 LOPJ), el legislador de 2003 ha omitido hacer idéntica previsión para estas pruebas de promoción, a pesar de que concurre identidad de razón, incluso una mayor razón, para excluir aquí también aquella opción. Esta razón para el legislador no es otra que la de exigir un nivel profesional adecuado al rango y prestigio que deben informar las pruebas de acceso a la Carrera Judicial, por lo que se suprimió la posibilidad de delegar esta responsabilidad en un profesor titular de universidad, en el supuesto del art. 304 LOPJ.

¹⁰⁴⁸ RODRIGUEZ PADRÓN, C., “*La Conformación del Poder Judicial*”, Op. Cit., pág. 122.

Ahora bien como dice GIMENO SENDRA¹⁰⁴⁹, “no sin razón se ha dicho que el régimen de la antigüedad lo es también el de la mediocridad”, por lo que la LOPJ combina este criterio con el de la capacidad y mérito para acceder a las plazas de Magistrados de lo civil y penal o de especialistas en los órdenes social y contencioso administrativo, reservándose una de cada cuatro plazas vacantes a tal efecto (art. 311.1.III LOPJ). Asimismo se requiere la obtención del título de “especialista” y una antigüedad de más de quince años en la carrera y diez en el orden jurisdiccional penal para acceder a una plaza de Magistrado de la Sala de Apelación de la AN (art. 330.7.II LOPJ). El mismo criterio rige para la provisión de la Presidencia de Sala de Apelación de la AN (art. 333.1 LOPJ).

La provisión de las plazas de magistrados en Salas o Secciones de la AN, TSJ o AP; de Presidente de Sección de estos Tribunales, y de Presidente de Sala de los TSJ, se resolverán a favor de quien, ostentando la categoría necesaria, tenga mejor puesto en el escalafón (art. 330 LOPJ). La especialización continúa respecto de las Salas o Secciones de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social, puesto que una de las plazas o dos, cuando haya cinco o más magistrados) se reserva a magistrado especialista.¹⁰⁵⁰

Los Presidentes de las Audiencias Provinciales, de sus Salas, de la Audiencia Nacional y de sus Salas y los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia son nombrados, por un período de cinco años, libremente por el CGPJ (arts. 335 a 337 LOPJ). Tales Magistrados habrán de tener diez años de servicios en dicha categoría y quince de antigüedad en el escalafón judicial para ser Presidentes de TSJ, quince años en la categoría de Magistrado para acceder a la Presidencia de la AN y diez de antigüedad en la carrera para acceder a la Presidencia de las AP.

8.2.2. Reglas del sistema de provisión de destinos.

Dicho esto podríamos esquematizar el complejo sistema de provisión de destinos en base a las siguientes reglas:

1. La primera regla, o regla general es la de designación por mejor puesto escalafonal (art. 329.1 y 330.1 LOPJ). Pero esta regla se somete a importantes matizaciones.
2. Si se trata de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o de lo Social (art. 329.2 LOPJ) también los Juzgados Centrales de Instrucción (art. 329.5 LOPJ) no sólo entra en juego el criterio escalafonal sino que, además de exigirse la categoría de magistrado, se da preferencia a la especialización por superación de pruebas o, en defecto de ella, por permanencia en el orden jurisdiccional.
3. Si se trata de los Juzgados de Menores (art. 329.3 LOPJ) se da preferencia a los que hayan superado un curso de especialización.
4. En el caso de los Jueces de lo Mercantil¹⁰⁵¹, tienen preferencia quienes acrediten la especialización en los asuntos propios de dichos juzgados mediante la

¹⁰⁴⁹ GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Op. Cit., pág. 198.

¹⁰⁵⁰ Art. 330.2. LOPJ sobre la especialización en el orden administrativo y social, vid., respectivamente arts. 92 a 94 y 95 a 97 del RCJ.

¹⁰⁵¹ Recordemos que la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, introdujo los nuevos apartados 4 del artículo 329 de la LOPJ y 5 del artículo 330 también de la LOPJ, que regulan los concursos para la

- superación de las correspondientes pruebas de especialización. En su defecto, se da preferencia a la permanencia en el orden jurisdiccional.
5. Para los Juzgados Centrales del Orden Penal (de Instrucción, de lo Penal, de Menores y de Vigilancia), se prima la permanencia en el orden jurisdiccional penal (art. 329.5 LOPJ).
 6. Para una o dos plazas en cada Sala o Sección de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de los TSJ, se establece (art. 330.2 y 3 LOPJ) la reserva a favor de los magistrados especializados por superación de pruebas.
 7. Para las plazas de magistrado en las distintas Salas de la AN –de cualquier orden jurisdiccional- dándose absoluta preferencia (no existe sólo la reserva de determinadas plazas) a quienes ostenten la especialización en el orden respectivo. Y cuando se trata de la Sala de Apelación, a quienes además tengan determinada antigüedad en el orden jurisdiccional penal (art. 330.7 LOPJ).
 8. Las reglas del art. 330 LOPJ son aplicables para la cobertura de las plazas de Presidentes de Sección de la AN, TSJ y AP. Pero cuando se trata de la Presidencia de las Secciones especializadas del TSJ encargadas de resolver en exclusiva los recursos de apelación contra sentencias dictadas por las AP, entonces el art. 73.6 LOPJ establece reglas especiales, requiriendo determinada antigüedad en el orden penal¹⁰⁵².
 9. Para las plazas de Presidentes de Sala de la AN y TSJ se otorga preferencia (art. 333.1 LOPJ) a los especializados por permanencia en el orden jurisdiccional. Aunque para la presidencia de la Sala de Apelación se da preferencia a quien ostente la condición de especialista.
 10. Para las plazas de Magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ (que no sean cubiertas por juristas que ingresan en la Carrera Judicial), se incorpora (art. 330.4 LOPJ), además de la exigencia de un mínimo de antigüedad, la de especiales conocimientos en el derecho civil especial o foral. Téngase en cuenta lo dispuesto en el art. 331.1 de la LOPJ, que señala que “1. Quienes accedieren a un Tribunal Superior de Justicia sin pertenecer con anterioridad a la Carrera Judicial, lo harán a los solos efectos de prestar servicios en el mismo, sin que puedan optar ni ser nombrados para destino distinto, salvo su posible promoción al Tribunal Supremo, por el turno de abogados y otros juristas de reconocida competencia a que se refiere el art. 343.
2. A todos los demás efectos serán considerados miembros de la Carrera Judicial”.

Este especial turno de ingreso en la judicatura ha merecido la crítica, entre otros¹⁰⁵³, de JIMENEZ ASENSIO¹⁰⁵⁴, que señala que en su opinión no supone en

provisión de los Juzgados de lo Mercantil de nueva creación, y de las secciones en Audiencias que conozcan de los recursos interpuestos contra las resoluciones de éstos, con criterios de especialización.

¹⁰⁵² Dice el art. 73.6 de la LOPJ. que “En el caso de que el número de asuntos lo aconseje, podrán crearse una o más secciones e incluso Sala de lo Penal con su propia circunscripción territorial en aquellas capitales que ya sean sedes de otras Salas del Tribunal Superior, a los solos efectos de conocer los recursos de apelación a los que se refiere el párrafo c) del apartado 3 de este artículo y aquellas otras apelaciones atribuidas por las leyes al Tribunal Superior. Los nombramientos para magistrados de estas Secciones, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, recaerán en aquellos magistrados que, habiendo permanecido durante los 10 años inmediatamente anteriores en el orden penal, ostenten mayor antigüedad escalafonal.”

¹⁰⁵³ El sistema de acceso a la judicatura que comentamos, ha sido calificado como una suerte de “federalización de la justicia”, vid. LOPEZ AGUILAR, J.F. *Justicia y Estado Autonomico. Orden*

sentido estricto acceso a la Carrera judicial, sino al desempeño de una actividad jurisdiccional, bien es cierto que sin límite temporal alguno, y asimismo refiere este autor lo paradójico que es su consideración como miembros de la carrera judicial cuando no tienen derecho a esa carrera.

11. Un último factor de preferencia influye en los concursos: el conocimiento del idioma o del Derecho Propio de la Comunidad Autónoma (art. 341.2 LOPJ)
12. Deben tenerse en cuenta asimismo las preferencias que la ley otorga en determinados casos para los adscritos provisionalmente, o a quienes reingresan al servicio activo¹⁰⁵⁵

8.2.3. Importancia de la especialización en la carrera judicial.

El sistema de otorgar preferencia a la especialización y subsidiariamente a la permanencia en el orden jurisdiccional satisface adecuadamente las aspiraciones del Pacto de Estado por la Justicia de potenciar la idea de carrera superando el exclusivo criterio de la antigüedad, e incorporando los criterios de mérito, formación, especialización, rendimiento y calidad del trabajo como criterios de promoción y adjudicación de destinos (art. 326 LOPJ), y consecuentemente de mejores niveles retributivos¹⁰⁵⁶.

Asimismo y en lo que se refiere a las pruebas de especialización en los órdenes jurisdiccionales civil y penal¹⁰⁵⁷ hemos de decir que son concebidos esencialmente

competencial y administración de justicia en el Estado compuesto de la Constitución de 1978, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 160.

¹⁰⁵⁴ Vid. en este sentido a JIMENEZ ASENSIO, R., “*El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio*”, en “*El Acceso a la función judicial. Estudio comparado*”, Op. Cit., pág. 220-221.

Recuerda también JIMENEZ ASENSIO que no hemos de olvidar que entre las competencias de los Tribunales Superiores de Justicia, están el concreto conocimiento de aquellas causas en las que se ven involucradas personas aforadas, y asimismo hace notar el hecho de que a través de esta vía se hayan producido nombramientos de personas con conocida trayectoria política, que, sin entrar en su capacidad profesional, se han insertado en unas estructuras judiciales de las que siempre se ha predicado su apoliticismo.

Vid. en este sentido STC 162/1999 de 27 de septiembre (que deviene de la Sentencia del Tribunal Supremo sobre el asunto “Hormaechea”, en lo que se refiere a la participación en el mismo del Magistrado García-Oliva), y el trabajo del autor *Imparcialidad Judicial y Derecho fundamental al Juez Imparcial*, Aranzadi, 2002, págs. 101 y ss.

¹⁰⁵⁵ Por ejemplo art. 358.2 y 3 de la LOPJ.

¹⁰⁵⁶ Se ha querido con ello completar el criterio de la antigüedad en la Carrera con el de la antigüedad en el correspondiente orden jurisdiccional, evitando así la tradicional fungibilidad de destinos judiciales, aun pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales, con merma de la especialización. Aunque no es razonable que el art. 330.5 LOPJ compute, a efectos de antigüedad en el orden, por mitad el tiempo de permanencia en órganos mixtos, toda vez que el ejercicio de la jurisdicción en cada orden es en cualquier caso pleno, y cualitativamente idéntico al de los órganos con separación de las jurisdicciones civil y penal, por mucho que el módulo de entrada justifique a otros efectos la configuración mixta, esto es, para la optimización de recursos de la Administración de Justicia. Por lo que, el cómputo de años de ejercicio para la especialización no debe medirse en función de la carga de trabajo del órgano.

¹⁰⁵⁷ Vid. art. 312 LOPJ.

como pruebas de promoción del Juez a la categoría de Magistrado. Señala la ley que las pruebas de promoción tenderán a apreciar el grado de capacidad y formación jurídica en las distintas ramas del derecho, lo que pone de manifiesto que en las valoraciones del legislador estas disciplinas jurídicas no son propiamente materias que requieran de especialización, como por el contrario dispone el apartado 2 del artículo 312 de la LOPJ con relación a los órdenes contencioso-administrativo y social, en cuyo caso se requiere acreditar lo conocimientos propios del correspondiente orden jurisdiccional. Este sistema lleva implícito una idea errónea acerca de las exigencias de especialización que demandan los órdenes civil y penal, en cuanto se trata de disciplinas jurídicas que, al menos, requieren el mismo conocimiento específico que los demás órdenes jurisdiccionales. Probablemente en la actualidad no se encuentre justificada la diferenciación entre los órdenes social y contencioso-administrativo, y lo civil y penal, a efectos de la configuración de las pruebas de especialización para la cobertura de determinados destinos¹⁰⁵⁸.

En esencia podemos decir que se mantiene el sistema de reserva de plaza o de preferencia –según los casos- para quienes acrediten especialización en el orden judicial contencioso-administrativo y social, ampliado ahora al orden penal cuando se trata de plazas en la AN.¹⁰⁵⁹ Lógicamente la eficiencia del sistema depende que las pruebas de especialización que se establezcan por el CGPJ permitan valorar adecuadamente la idoneidad y conocimientos específicos que cada orden jurisdiccional requiere. En particular, debe desterrarse la idea de que sólo las jurisdicciones contencioso-administrativa y social requieren de especialización¹⁰⁶⁰.

En realidad no se maneja una idea clara de especialización en la LOPJ. La antigüedad y permanencia en el orden jurisdiccional, que se tiene como criterio distinto al de la especialización, sin embargo forma parte de ella, porque uno de los factores de especialización es, precisamente el ejercicio continuado de la jurisdicción en el orden de que se trate. Además la especialidad consiste en un plus de formación específica sobre la base de una previa formación general que se presume de todo juez. Por ello el sistema

¹⁰⁵⁸ Si se tienen en cuenta que tras la reforma de 2003, se considera mérito preferente para la cobertura de determinados destinos el tener la condición de especialista – por ejemplo, cobertura de plazas en la AN, vía art. 330.7 LOPJ-, es necesario redefinir las pruebas de promoción y sustituirlas por pruebas de especialización, en las que se exijan conocimientos específicos sobre la disciplina. Las pruebas de promoción desarrolladas en las convocatorias de finales de los ochenta y principios de los años 90, cuyo objeto alcanzaba conjuntamente los órdenes civil y penal, no otorgaban propiamente la condición de especialista, pues se concibieron y crearon como pruebas para la promoción a la categoría de magistrado, anticipando el ascenso por antigüedad escalafonal, pero en ningún caso pueden ser tenidas hoy como pruebas selectivas idóneas para valorar el grado de conocimiento específico que la condición de “especialista” en un orden jurisdiccional determinado requiere.

Por otro lado podemos observar como el art. 344 de la LOPJ está en aparente contradicción con lo que dispone el art. 312 del mismo cuerpo legal, puesto que permite el acceso a estas pruebas de quienes ya ostentan la categoría de magistrado. En realidad, una interpretación armonizadora e integradora permitirá entender que las pruebas para la obtención de la condición de especialista son distintas de las pruebas de promoción que regula el art. 312 LOPJ.

¹⁰⁵⁹ Vid. art. 330.7 LOPJ.

¹⁰⁶⁰ En particular la preferencia que a los magistrados especialistas en el orden penal atribuye el art. 330.7 de la LOPJ para ocupar plaza en la Sala de lo Penal o de Apelación de la AN, exige un sistema idóneo de acreditación de méritos.

de la LOPJ que permite el acceso a la condición de especialista de Jueces de las últimas promociones,¹⁰⁶¹ o incluso, de miembros de la Carrera Fiscal que no han ejercido funciones jurisdiccionales,¹⁰⁶² encierra ciertas contradicciones. Por ello debería distinguirse convenientemente entre pruebas de promoción a la categoría de Magistrado,¹⁰⁶³ y pruebas para la obtención de la condición de especialista, para las que debería diseñarse un sistema de valoración de méritos, entre los que se incluyera la permanencia en el orden jurisdiccional como criterio de especialización, sin menospreciar y minusvalorar otros posibles, complementado en su caso con determinadas pruebas selectivas que demuestren la capacidad del candidato¹⁰⁶⁴.

A los efectos del art. 330.7 LOPJ, la especialización o condición de especialista a que se refiere este precepto no se identifica necesariamente con la superación de pruebas de promoción en los órdenes civil y penal reguladas en el art. 312 LOPJ, lo que vedaría la posibilidad de acceso al proceso selectivo del grueso de la carrera judicial, quienes ostentan la categoría de magistrado, a favor de las promociones más recientes, lo que razonablemente no ha debido ser perseguido por el legislador. A diferencia del art. 312, el art. 344 abre la posibilidad de superación de pruebas de especialización en el orden penal a quienes ostenten la categoría de magistrado, lo que resulta lógico si realmente es pretendido que quien acceda a un puesto en la AN sea propiamente un especialista. Por ello, el CGPJ, en ejercicio de su potestad reglamentaria, debe diseñar el proceso selectivo que permita la especialización en el orden penal, y que otorgue la condición de especialista en el sentido de la ley, al margen de las pruebas de promoción, en semejantes términos al sistema diseñado en el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial 7/2003 de 23 de septiembre para la obtención de la condición de especialista en los asuntos propios de lo mercantil, que combina adecuadamente una fase de baremación de méritos,¹⁰⁶⁵ y unas pruebas selectivas, seguido el proceso de un curso teórico-práctico en la Escuela Judicial.

En definitiva la reforma de 2003 ha permitido la posibilidad de adquirir la condición de especialista sin necesidad de ocupar plaza reservada, permaneciendo en el destino cuando sea del orden propio de la especialidad adquirida (art. 330.6 LOPJ). En realidad la especialización constituye un mérito que puede hacerse valer en la provisión de destinos y constituiría un desincentivo a la especialidad que el aspirante tuviere que cambiar forzosamente de destino. Por lo que entendemos debe hacerse compatibles un sistema de especialización basado en la regla de la provisión de plazas reservadas vacantes en los órganos colegiados y un sistema de especialización como incentivo al mérito y la capacidad.

¹⁰⁶¹ A quiénes sólo le bastan dos años de servicios efectivos para la promoción.

¹⁰⁶² Cfr. art. 311.2 LOPJ.

¹⁰⁶³ Para estas pruebas, la regulación contenida en el art. 311 de la LOPJ podría ser suficiente.

¹⁰⁶⁴ Y esta exigencia cobra fuerza y es más intensa cuando, como en los casos del art. 330.7 de la LOPJ, no se limita la ley a otorgar preferencia para cubrir alguna o algunas plazas, sino absoluta preferencia en todo caso para cualquiera de ellas, porque en ese supuesto, el aspirante que concurra como especialista debe poder acreditar un conocimiento superior en el orden jurisdiccional con relación al resto de los miembros de la Carrera judicial interesados en la ocupación de aquellas plazas.

¹⁰⁶⁵ Que permite la valoración de la antigüedad en el orden jurisdiccional como criterio de especialización.

El acceso a Magistrado del TS también se realiza mediante designación libre del CGPJ con arreglo a los siguientes criterios: de cada cinco plazas, una se reserva a los juristas de reconocido prestigio, tal y como se ha expuesto anteriormente, y las otras cuatro, se proveerán entre miembros de la Carrera Judicial con diez años, al menos de servicios en la categoría de Magistrado y no menos de quince en la Carrera (Art. 343 LOPJ), de las cuales dos, a su vez, se reservan a Magistrados que hayan accedido a esta categoría mediante pruebas selectivas y las otras dos plazas a quienes lo hagan por antigüedad en el escalafón (Art. 344 LOPJ).

9. DERECHOS DE PARTICIPACIÓN.

9.2. DERECHO DE ASOCIACIÓN PROFESIONAL Y DE AFILIACIÓN A LAS MISMAS.

9.1.1. La previsión Constitucional del derecho de Asociación de Jueces y Magistrados.

De todo el conjunto de circunstancias que comprende el estatuto del Juez y Magistrado, la más polémica sin duda alguna es la prohibición de pertenencia a partidos políticos y sindicatos, que puede calificarse de “independencia ideológica”¹⁰⁶⁶.

El art. 28 de nuestra Constitución establece como derecho fundamental que “todos tienen derecho a sindicarse libremente”, siendo las Asociaciones de Jueces y Magistrados manifestación de este derecho general de asociación, que recordemos puede ser matizado por la ley regulando su ejercicio para determinados funcionarios públicos, limitando o exceptuando el ejercicio para específicos empleados públicos como pueden ser los sometidos a la disciplina militar.

Por otro lado y al tratarse las asociaciones de Jueces y Magistrados de Asociaciones *Profesionales* no hemos de desconocer que se trata de una actividad asociativa, en la que sus miembros que son trabajadores, y que se dedican a la función pública, en este caso concreto a la función judicial, se organizan para la defensa de sus intereses, asimilándose en este sentido las Asociaciones Profesionales con todos sus matices al asociacionismo sindical¹⁰⁶⁷.

Pero a la vez hemos de entender que las Asociaciones de Jueces y Magistrados no son sólo eso, Asociaciones, son mucho más que eso¹⁰⁶⁸, puesto que la especial función que desempeñan sus asociados también impregna a la actividad asociativa, y por que se

¹⁰⁶⁶ Así MONTERO AROCA, J., *Autonomía del Poder Judicial e independencia del Juez*, en Libro Homenaje a Gabaldón López, Op. Cit. pág. 222; GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos de Derecho Procesal*, Op. Cit. Madrid, 1981, pág. 49 y ss; DE LA PLAZA, M., *Las garantías de la independencia Judicial*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid 1954, pág. 15; BELLOCH JULBE, J.A., *Notas sobre el Asociacionismo Judicial*, Poder Judicial número V, especial, pág. 37 y ss.; GONZALEZ GRANDA, P. *La independencia del Juez y control de su actividad*, Op. Cit., pág. 79.

¹⁰⁶⁷ Recordemos que fue a principios del siglo XX cuando se intentó sin éxito constituir una asociación, produciéndose en junio de 1921 una reunión en Madrid entre representantes de todas las Audiencias Territoriales, y en febrero de 1922 se creó la llamada “Unión Judicial”, que no era una Asociación porque no podía serlo. Vid. sobre el tema a MONTERO AROCA, J., *Independencia y Responsabilidad del Juez*, Op.Cit., pág. 86 y ss.

¹⁰⁶⁸ En este sentido se puede ver GABALDÓN LOPEZ, J., *Implicación de las Asociaciones y Colegios profesionales en la reforma de la Justicia*. LA LEY, nº 1, 1996, págs. 1629-1633.

Otra autores como BELLOCH JULBE, J. A., “*Jueces y derecho de huelga*”, Jueces para la Democracia, 1991, nº 16-17, págs. 132-135, entiende que “la caracterización constitucional de las Asociaciones Profesionales de Jueces supone concebirlas como un tertium genus, distinto por un lado, de los partidos políticos y los Sindicatos, pero distinto también de los Colegios Profesionales que la propia Constitución regula separadamente en el artículo 36 y que además presentan “peculiaridades” respecto de las restantes asociaciones (art. 22 CE)”, pág. 132. ob. Cit.

trata de una estructura participativa que interviene en el gobierno del Poder Judicial con distintas facultades como veremos más adelante¹⁰⁶⁹. En opinión de ANDRES IBAÑEZ, el ejercicio del derecho de asociación por parte de Jueces y Magistrados “es la forma precisa de participación de los Jueces en el asunto público de la política de la Justicia. Una forma peculiar de participación, como es particular también el estatuto de las propias asociaciones judiciales y el del mismo juez como ciudadano”¹⁰⁷⁰.

Es el art. 127 de nuestro Texto Constitucional el que prohíbe la afiliación de los Jueces y Magistrados a los partidos políticos y sindicatos, mientras se hallen en activo, y así establece que “1. Los Jueces y Magistrados así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. 2. La Ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales. La Ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos”. La LOPJ (como el art. 127.1 CE) siguiendo la línea de la Ley Orgánica provisional de 1870 (art. 7)¹⁰⁷¹, prohíbe a Jueces y Magistrados en el art. 395, además de la pertenencia a partidos o sindicatos o tener empleo al servicio de los mismos, el “1. Dirigir a los poderes, autoridades y funcionarios públicos o corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos, ni concurrir, en su calidad de miembros del Poder Judicial, a cualesquiera actos o reuniones públicas que no tengan carácter judicial, excepto aquellas que tengan por objeto cumplimentar al Rey o para las que hubieran sido convocados o autorizados a asistir por el Consejo General del Poder Judicial. 2. Tomar en las elecciones legislativas o locales más parte que la de

¹⁰⁶⁹ Intervienen en la designación de vocales del Consejo General del Poder Judicial, en la elección de miembros de las Salas de Gobierno de los Tribunales y se integran en el Consejo Rector de la Escuela Judicial entre otras facultades.

¹⁰⁷⁰ ANDRES IBAÑEZ, P.; “*Sobre Asociacionismo e Independencia Judicial*”, Jueces para la Democracia, nº 25, marzo de 1996. Pág. 89.

En la misma línea se puede ver también a BELLOCH JULBE, J. A., “*Notas sobre el Asociacionismo Judicial*”, op. Cit., pag. 35-61, página 59: “la única forma constitucionalmente coherente de que el derecho reconocido en el artículo 23 no quede vacío de contenido es, precisamente, la de entender que el “asociacionismo” judicial constituye el instrumento fundamental de participación de los Jueces en asuntos públicos”.

¹⁰⁷¹ Señala el art. 7 de la LOPJ de 1870 que “No podrán los Jueces, Magistrados y Tribunales:

1º Aplicar los reglamentos generales, provinciales o locales, ni otras disposiciones de cualquiera clase que sean, que estén en desacuerdo con las leyes.

2º Dar posesión de sus cargos a los Jueces y Magistrados cuyos nombramientos no estuvieran arreglados a la Constitución de la Monarquía, a esta Ley o a otras Especiales.

3º Dirigir al Poder Ejecutivo, a funcionarios públicos o a Corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos.

4º Tomar en las elecciones populares del Territorio en que ejerzan sus funciones más parte que la de emitir su voto personal.

Esto no obstante, ejercerán las funciones y cumplirán los deberes que por razón de sus cargos les impongan las leyes.

5º Mezclarse en reuniones, manifestaciones u otros actos de carácter político, aunque sean permitidos a los demás españoles.

6º Concurrir en cuerpo, de oficio, o en traje de ceremonia a fiestas o actos públicos, sin más excepción que cuando tengan por objeto cumplimentar al Monarca o al Regente del Reino o cuando el Gobierno expresamente lo ordenare”.

emitir su voto personal. Esto no obstante, ejercerán las funciones y cumplimentarán los deberes inherentes a sus cargos”.

Como vemos hay que entender este precepto como una limitación puesto que su objeto no es otro que el de proteger la independencia de Jueces y Magistrados. ANDRES IBAÑEZ¹⁰⁷², considera al art. 127 de la CE como una limitación de los derechos de los jueces en cuanto ciudadanos¹⁰⁷³, no obstante a pesar de ello cree, que posteriormente en el desarrollo y regulación del movimiento asociativo judicial se abrió el camino a una importante experiencia, produciéndose la apertura al pluralismo de un ámbito hasta la fecha unilateralmente politizado desde arriba¹⁰⁷⁴.

Algunos autores entienden que el régimen asociativo de jueces y Magistrados no es precisamente un acierto así por ejemplo ANDRES IBAÑEZ y MOVILLA ALVAREZ, señalan que “el régimen asociativo profesional de la magistratura fue en su momento inicial objeto de un tratamiento limitador y reductivo, expresión de una inaceptable interpretación extensiva del precepto constitucional”¹⁰⁷⁵, en el fondo señalan estos autores, no es la política lo que se intenta prohibir a los jueces, ni su “politización” lo que se ha tratado de evitar, sino mas bien el pluralismo político, la posible adscripción de los administradores de la justicia a otras opciones que no sean las dominantes, y por ello escriben que “Por eso, cuando como ocurrió en la elaboración de la Constitución de 1978 se ponen barreras a la proyección cívica del juez, se hace buscando no ciertamente su neutralidad política, sino sencillamente conservarle donde ya está, evitar su posible desplazamiento”¹⁰⁷⁶. Hay otros autores como HUERTAS CONTRERAS, que al abordar este tema hablan de contradicciones constitucionales congénitas y contrasentidos, así refiere que es un contrasentido del texto constitucional “prohibir a los jueces afiliarse a partidos, después de haber aceptado previamente que éstos, según el art. 6 expresan el pluralismo político, que a su vez se erige como uno de los valores superiores del

¹⁰⁷² ANDRES IBAÑEZ, P., *Justicia/Conflicto*, Ed. Tecnos, Madrid 1988, pág. 19. Llega a decir este autor que “se quiere que el juez dimita incluso de algunos de los que para los demás, ciudadanos constituyen elementales derechos cívicos: así –incluso al margen del ejercicio profesional– no puede tener ideas políticas, ni asociarse, ni enjuiciar la actuación del gobierno”, op. Cit. Pág. 96 y 97.

¹⁰⁷³ Algunos autores como ALMAGRO NOSETE, no lo entendió así, pues en opinión de este no se podría “sugerir que se priva de derechos ciudadanos a quienes por razón de su función se encuentran en una situación peculiar respecto de los demás, por otra parte renunciabile” (en “*Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución*”, en *Lecturas sobre la Constitución Española*, ed. De T.R. Fernández Rodríguez, UNED, Madrid, 1978, vol. I, pág. 291.

¹⁰⁷⁴ Sin duda, surgió un debate muy interesante político y jurídico vinculado al quehacer jurisdiccional, la expectativa de un nuevo modelo de organización judicial, imprimió fuerza a la dinámica asociativa, y obligó a una reflexión profunda de la situación de los jueces y magistrados como colectivo en relación con el aparato estatal.

Vid. en este sentido, y sobre la estrategia política del franquismo en relación con la magistratura a, OLLERO TASSARA, A. “*Poder Judicial y transición democrática en España*”, en *Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas*, 1982, págs. 10 y ss, y asimismo es de interés consultar a CANO BUESO, J. *La política judicial del régimen de Franco (1936-1945)* Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, págs 116 y ss.

¹⁰⁷⁵ ANDRES IBAÑEZ, P. y MOVILLA ALVAREZ, C; *El Poder Judicial*, Op. Cit., pág. 135.

¹⁰⁷⁶ ANDRES IBAÑEZ, P. y MOVILLA ALVAREZ, C; *El Poder Judicial*, Op. Cit., pág. 133.

ordenamiento en virtud del art. 1.1”¹⁰⁷⁷, y señala como contradicción por ejemplo que “en el Tribunal Constitucional, órgano igualmente investido de jurisdicción..., cuyos miembros según la propia Constitución (Art. 159.4) son (de lógica política), igualmente incompatibles con todo mandato representativo, pero en absoluto se les va a prohibir cualquier militancia política en partido alguno, en todo caso, como señala el art. 19.1 de su Ley Orgánica, no podrán desempeñar –funciones directivas en los partidos políticos y sindicatos-”¹⁰⁷⁸

Dice ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ¹⁰⁷⁹, en sintonía con la opinión de STAMLER¹⁰⁸⁰, que los Jueces han de asumir que “el mejor servicio a la ciudadanía lo deben prestar desde la competencia profesional, el trabajo responsable y el distanciamiento prudente de los compromisos ideológicos y políticos”, ahora bien este distanciamiento hay que hacerlo compatible con el cumplimiento del artículo 22 del mismo texto constitucional, que consagra el derecho fundamental de asociación, mientras que el art. 127, permite el asociacionismo judicial.

Entiende ANDRES IBAÑEZ¹⁰⁸¹, que el Juez que “no es un ciudadano pleno por obra del artículo 127 CE, recupera una parte sustantiva de esa condición por la vía del derecho de asociación profesional, en la medida en que éste le convierte en sujeto activo de un nuevo orden de relaciones de orden político-cultural”.

Por lo tanto el derecho de asociación profesional de Jueces y Magistrados, ha de ser configurado de un modo específico y por mor del art. 122 de la Constitución en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta Ley orgánica, ya en su exposición de motivos señala que “La materialización de los principios de pluralismo y participación de que se quiere impregnar el gobierno del Poder Judicial impone una profunda modificación de la actual regulación del derecho de asociación profesional que el artículo 127.1 de la Constitución reconoce a Jueces, Magistrados y Fiscales. El régimen transitorio de libertad asociativa hasta ahora existente contiene restricciones injustificadas a las que se pone fin. De ahí que esta Ley Orgánica reconozca el derecho de libre asociación profesional con la única limitación de no poder llevar a cabo actuaciones políticas ni tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos. Las Asociaciones Profesionales

¹⁰⁷⁷ HUERTAS CONTRERAS, M. *El poder judicial en la Constitución*. Ed. Universidad de Granada, Granada 1995, pág. 87.

¹⁰⁷⁸ HUERTAS CONTRERAS, M. *El poder judicial en la Constitución*. Op. Cit., pág. 85.

¹⁰⁷⁹ ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, A., *Poder Judicial, Sociedad y Estado de Derecho*, La Ley 1997- 6, págs. 1434.

¹⁰⁸⁰ Vid. STAMLER, R. *El Juez*, Ed. Cultural S.A. La Habana, 1941. Pág. 99. Señala ese autor que para alcanzar con la mayor perfección posible la mirada del Estado de Derecho, es necesario en todo tiempo mantener a los Tribunales alejados de las incidencias de la política diaria.

Por otro lado la Unión Internacional de magistrados ha insistido en que no quiere tener y no tiene finalidades políticas ni carácter sindical y que sus miembros, libres en su formación y organización, están estatutariamente obligados a permanecer apolíticos. Haciendo hincapié además en que la independencia requiere como exigencia imprescindible que el Juez deba abstenerse también de todo activismo político, bajo cualquier forma en que se ejercite porque ello puede poner en duda la credibilidad que debe a aquellos que le piden justicia con la necesidad de tener fe en él. (Vid. *Il Giudice nella nuova Società*, Unione Internazionale dei magistrati, Roma, 1980.).

¹⁰⁸¹ ANDRES IBAÑEZ, P.,; “*Sobre Asociacionismo e Independencia Judicial*”, op. Cit. Pág. 89.

quedarán válidamente constituidas desde que se inscriban en el Registro que será llevado al efecto por el Consejo General del Poder Judicial”.

9.1.2. Intervención de las Asociaciones Judiciales en el ámbito del Poder Judicial.

Con respecto a la intervención de las Asociaciones Judiciales en el ámbito del Poder Judicial hemos de decir que las Asociaciones de Jueces y Magistrados han conseguido un gran protagonismo (fuera ya del mero hecho asociativo del art. 401 LOPJ), por un lado los proyectos de Reglamentos de desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dicte el CGPJ, se someterán a informe de las Asociaciones de Jueces y Magistrados. Y por otro lado el artículo 112 de la LOPJ tras la redacción dada al mismo por la LO 2/2001 de 28 de junio, determina la intervención de las referidas Asociaciones en la designación de los vocales del CGPJ que procedan de la Carrera Judicial (art. 111 y 112 LOPJ), estableciendo cada asociación la forma de determinar, de acuerdo con lo que dispongan sus Estatutos, el sistema de elección de los candidatos que le corresponda presentar¹⁰⁸². Entiende el profesor VALENCIA MIRON¹⁰⁸³, que la situación actual se enmarca en una tercera interpretación del art 122.3 de la CE¹⁰⁸⁴, introducida por la LO 2/2001, de 28 de junio, con el fin de modificar el procedimiento de designación de los candidatos de procedencia judicial que han de someterse a la elección de las Cámaras para ser propuestos como Vocales del CGPJ.

Actualmente el Congreso de los Diputados y el Senado formularán la propuesta al Rey de doce Vocales, seis por cada Cámara, por mayoría de tres quintos de sus respectivos miembros, entre los treinta y seis candidatos [“el triple de los doce puestos a proponer”] que como máximo pueden ser presentados a las Cámaras por las Asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados o por un grupo de estos no asociados que representen, al menos, el 2 % de todos los que se encuentren en servicio activo. El Congreso elegirá seis Vocales entre los treinta y seis candidatos presentados, y una vez elegidos, el Senado elegirá otros seis vocales entre los treinta candidatos restantes (art. 112, apartados 1, 2 y 4 LOPJ).

Siguiendo a VALENCIA MIRON¹⁰⁸⁵, la determinación del número máximo de candidatos que puede presentar cada asociación o un determinado grupo de Jueces y

¹⁰⁸² Precepto redactado conforme al artículo único de la Ley Orgánica 2/2001 de 28 de junio.

¹⁰⁸³ VALENCIA MIRON, A. J.,: *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Comares, Granada 2007, pág. 88.

¹⁰⁸⁴ La primera tesis interpretativa del art. 112.3 de la CE se encuentra en la LO 1/1980 de 10 de enero, del CGPJ, que distribuye los doce vocales según las categorías judiciales (“Integrarán el Consejo tres Magistrados del Tribunal Supremo, seis Magistrados y tres jueces”, art. 8º II) y determina quién hace la elección: “serán elegidos por todos los jueces y magistrados que se encuentre en servicio activo” (art. 12. La segunda tesis se recoge en la LOPJ que atribuye la elección al Congreso de los Diputados y al Senado: cada cámara propondrá a seis vocales, entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales que se hallen en servicio activo, por mayoría de tres quintos de sus miembros (art. 112, apartado 3, redacción de 1985) De forma que los veinte Vocales del CGPJ son elegidos por las Cortes Generales. Y por último la tercera interpretación del art. 122.3 de la CE sería una variante de la anterior introducida por la LO 2/2001 de 28 de junio.

¹⁰⁸⁵ VALENCIA MIRON, A. J.,: *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Comares, Granada 2007, Op. Cit. pág. 89 Y 90.

Magistrados no afiliados a asociación alguna se ajustará a criterios de estricta proporcionalidad de acuerdo con las siguientes reglas;

- a) Los treinta y seis candidatos se distribuirán en proporción al número de afiliados de cada asociación y al número de no afiliados a asociación alguna, determinando este último el número máximo de candidatos que pueden ser presentados mediante firmas de otros Jueces y Magistrados no asociados; todo ello, de acuerdo con los datos obrantes en el Registro constituido en el CGPJ conforme a lo previsto en el art. 401 de la presente Ley Orgánica y sin que ningún Juez o Magistrado pueda avalar con su firma más de un candidato.
- b) En el caso de que el número de Jueces y Magistrados presentados con el aval de firmas suficientes supere el máximo al que se refiere la letra a), sólo tendrán la consideración de candidatos los que, hasta dicho número máximo, vengán avalados por el mayor número de firmas. En el supuesto contrario de que el número de candidatos avalados mediante firmas no baste para cubrir el número total de treinta y seis, los restantes se proveerán por las asociaciones, en proporción al número de afiliados; a tal efecto y para evitar dilaciones, las asociaciones incluirán en su propuesta inicial, de forma diferenciada, una lista complementaria de candidatos.
- c) Cada asociación determinará, de acuerdo con lo que dispongan sus Estatutos el sistema de elección de los candidatos que le corresponda presentar (art. 112.3 LOPJ).

El Consejo General del Poder Judicial se renovará en su totalidad cada cinco años, computados desde la fecha de su constitución. A tal efecto, y con seis meses de antelación a la expiración del mandato del Consejo, su Presidente se dirigirá a los de las Cámaras, interesando que por éstas se proceda a la elección de los nuevos Vocales y poniendo en su conocimiento los datos del escalafón y del Registro de asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados obrantes en dicha fecha en el Consejo, que serán los determinantes para la presentación de candidaturas conforme a lo dispuesto en el artículo 112 (art. 114 LOPJ¹⁰⁸⁶).

¹⁰⁸⁶ Ya sea en el artículo 112 o en el artículo 114, lo cierto es que hay una laguna legal en la reforma de la LOPJ efectuada por la LO 2/2001, de 28 de junio: no se ha establecido que órgano actuará como junta electoral, los actos a realizar y plazos, registros públicos que puedan ser utilizados, reclamaciones, las posibles impugnaciones jurisdiccionales..., en definitiva el procedimiento legal necesario para la determinación y presentación de los treinta y seis candidatos.

En el verano de 2001 se utilizó el remedio extraordinario de facultar “para esta única ocasión” al Presidente del CGPJ, para que realizara “las operaciones encaminadas a determinar los treinta y seis candidatos”, aplicando los criterios de distribución contenidos en el art. 112 y los datos del Registro de asociaciones judiciales a 1 de junio de 2001 (Disposición transitoria única de la LO 2/2001, de 28 de junio). A fin de efectuar de forma inmediata la renovación del Consejo, el número de candidatos que corresponde presentar a las respectivas asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados, los requisitos mínimos que han de reunir los avales de respaldo a los miembros de la Carrera Judicial no asociados, y el lugar y momento de presentación de las correspondientes candidaturas.

El Presidente del Consejo, el 8 de mayo, dado que el CGPJ resultante de la renovación efectuada en 2001 expiraba su mandato el 7 de noviembre de 2006, se ha limitado a dar cumplimiento a lo previsto en el art. 114, porque en esta ocasión carece de cualquier otro tipo de habilitación legal. Ante esta situación, las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, en su reunión conjunta de 11 de julio de 2006, de acuerdo con lo previsto en los artículos 31.1.7 del Reglamento del Congreso de los Diputados y 36.1.d) del Reglamento del Senado, han aprobado el procedimiento que ha de regular la determinación y

La comprensión del derecho de asociación de Jueces y Magistrados obliga a tener en cuenta que las asociaciones judiciales, en las que sus asociados son los titulares de la función jurisdiccional, se insertan en una estructura participativa de notable entidad en la actividad del Gobierno del Poder judicial. Es decir hemos de tener en cuenta que se trata de asociacionismo profesional, y algo más. Las Asociaciones judiciales pueden

presentación de los treinta y seis candidatos; *Normas de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado para la renovación del Consejo General del Poder Judicial* (BOE de 13 de julio de 2006).

La presentación de candidaturas (art. 112.1 y 3 LOPJ) se efectuará conforme a las siguientes normas;

- a) Candidaturas de las Asociaciones Profesionales. Quien ostente la representación de cada asociación judicial deberá presentar certificación de la candidatura en la que podrá haber los candidatos siguientes: 1) Asociación Profesional de la Magistratura: 10 candidatos. 2) Asociación Judicial “Francisco de Vitoria”: 4 candidatos. 3) Asociación Jueces para la Democracia: 4 candidatos. 4) Foro Judicial Independiente: 1 candidato. Conforme a lo dispuesto en el art. 112.3.b) LOPJ, deberá acompañarse, de forma diferenciada, una lista complementaria de candidatos con orden de preferencia, igual en número al que le corresponde presentar a cada asociación. En el supuesto de que las candidaturas presentadas por Jueces y Magistrados no asociados no alcance la cifra de diecisiete, el número restante hasta llegar a dicha cifra se proveerá entre las listas complementarias aportadas por cada Asociación conforme a una distribución proporcional en función del número de sus afiliados.
- b) Candidaturas de Jueces y Magistrados no asociados. Los Jueces y Magistrados no asociados podrán presentar su candidatura al cargo de Vocal del Consejo General del Poder Judicial depositando un número mínimo de ochenta y cinco avales (firmas), pertenecientes a Jueces y Magistrados en servicio activo no asociados. Ningún avalista podrá respaldar más de una candidatura. En el caso de que algún firmante haya avalado más de una candidatura se reputará como no válido el aval prestado para todas ellas. En la hipótesis de que el número de candidaturas supere el número de diecisiete, las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado incluirán exclusivamente en la relación definitiva aquellas que, hasta dicho número y por su orden, tengan mayor número de avales. En caso de igualdad, la decisión se adoptará por sorteo.
Los Jueces y Magistrados afiliados a alguna asociación que carezca del derecho a presentar candidaturas propias por no tener suficiente número de asociados podrán presentar su candidatura como si no estuviesen asociados e igualmente podrán avalar las candidaturas de otros Jueces y Magistrados no asociados.
- c) Actos electorales y reclamaciones durante el procedimiento. Una vez finalizado el plazo para la presentación de candidaturas, se procederá a comprobar los requisitos de validez de las mismas (en el plazo de 8 días naturales), permitiéndose la subsanación (en otro plazo de tres días naturales), en su caso. Corresponde a las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado en reunión conjunta la proclamación definitiva de los treinta y seis candidatos previstos en el art. 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La relación completa de candidaturas será publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales.

Las consultas y reclamaciones que se formulen durante el procedimiento de presentación de las candidaturas, se presentarán en el Registro General del Consejo General del Poder Judicial, y corresponderá a los Presidentes del Congreso y del Senado la resolución de las mismas, previo informe del Letrado Mayor de las Cortes Generales.

Contra las resoluciones adoptadas por las Presidencias y por las Mesas en reunión conjunta que tendrán carácter firme, incluida la proclamación definitiva de los treinta y seis candidatos, cabrá la impugnación establecida en el artículo 42 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional (norma quinta, 3 y norma sexta, 4) que dice que “*Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras y Asambleas, sean firmes*”.

avaluar candidaturas en el proceso de elección de miembros de las Salas de Gobierno (art. 151.2º de la LOPJ), se integran en el Consejo Rector de la Escuela Judicial, (art. 110.2.a) LOPJ), o pueden ostentar legitimación extraordinaria en el recurso contencioso administrativo, cuando impugnan las sanciones disciplinarias que el CGPJ pueda imponerles (art. 425.8 LOPJ) a sus asociados.

9.1.3. Elementos esenciales del derecho de Asociación.

Por lo que se refiere a los elementos esenciales del derecho de asociación profesional de Jueces y Magistrados, hemos de distinguir un ámbito subjetivo y un ámbito objetivo.

Hasta aquí hemos relacionado el asociacionismo profesional de Jueces y Magistrados con el derecho de asociación reconocido en el art. 22 CE, por considerar que este ha de ser su incardinación¹⁰⁸⁷, lo que no es óbice para que también hayamos hecho referencia a la libertad sindical del art. 28 CE, entendiendo que existe un contenido esencial de la misma que podemos alumbrar -a la luz de art. 53.1 de la CE- y organizar más adecuadamente por la naturaleza profesional de los intereses a que sirve, con referencia al derecho de libertad sindical, en los términos que resultan de la doctrina del Tribunal Constitucional al interpretar el artículo 28 de la Constitución, es decir derecho a fundar asociaciones profesionales, afiliarse a la de su elección, y la libertad negativa de no ser obligado a afiliarse a una de ellas.

Asimismo, el art. 127 de la CE prohíbe a los miembros de la Carrera Judicial, mientras se hallen en activo la pertenencia a partidos políticos y sindicatos¹⁰⁸⁸, limitación esta que se debe considerar correcta si atendemos a la finalidad que persigue que no es otra que la de proteger la independencia de los Jueces y Magistrados. Se trata de una norma que es excepción a la regla general en materia de libertades y derechos fundamentales, y por lo tanto de interpretación restrictiva, pero como hemos dicho, justificada por su finalidad. La conducta de la afiliación a partidos políticos o sindicatos, o el desempeño de empleo o cargos a su servicio, tiene también relevancia

¹⁰⁸⁷ En el mismo sentido se expresa FERNANDEZ FARRERES, G., en su trabajo *“Las Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados”*, VVAA, El Poder Judicial, Vol. II, Madrid, 1983, págs. 1213-1252. (pág. 1225), que considera que “las asociaciones profesionales de jueces y magistrados son asociaciones cuyo contenido básico e irrenunciable, sin perjuicio de ciertas limitaciones que por su especialidad –al igual que para partidos políticos o sindicatos por ejemplo- puedan imponerse, hay que encontrar en lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución.”

¹⁰⁸⁸ En el mismo sentido se expresa el art. 395 LOPJ determina que “No podrán los Jueces o Magistrados pertenecer a partidos políticos o sindicatos o tener empleo al servicio de los mismos, y les estará prohibido 1º Dirigir a los poderes, autoridades y funcionarios públicos o corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos, ni concurrir, en su calidad de miembros del Poder Judicial, a cualesquiera actos o reuniones públicas que no tengan carácter judicial, excepto aquellas que tengan por objeto cumplimentar al Rey o para las que hubieran sido convocados o autorizados a asistir por el Consejo General del Poder Judicial. 2º Tomar en las elecciones legislativas o locales más parte que la de emitir su voto personal. Esto no obstante, ejercerán las funciones y cumplimentarán los deberes inherentes a sus cargos.”

Por otro lado el art. 1.4 de la LOLS (Ley Orgánica de Libertad sindical) dice que “De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 127.1 de la Constitución, los Jueces, Magistrados y Fiscales no podrán pertenecer a sindicato alguno mientras se hallen en activo”.

disciplinaria, por lo que de darse, sería tipificada como falta muy grave del art. 417.2 de la LOPJ.

El derecho de Asociación de Jueces y Magistrados se regula en el capítulo IV del Título II de la LOPJ, señalándose en el art. 401 de la LOPJ, que sólo podrán afiliarse los Jueces y Magistrados de la Carrera Judicial sin que se pueda afiliarse a más de una asociación. Es pues la carrera judicial la que indica el ámbito subjetivo de las Asociaciones Profesionales, y esto por delimitación del derecho constitucional, del que a su vez se infiere que el ámbito nacional de las asociaciones profesionales deviene no del ámbito objetivo de su actuación sino del subjetivo de su integración.

Las Asociaciones de Jueces y Magistrados tendrán personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Dichos fines ya se limitan en el texto legal y así se señala que podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de actividades encaminadas al servicio de la Justicia en general¹⁰⁸⁹. No podrán llevar a cabo actividades políticas ni tener vinculación con partidos políticos o sindicatos (art. 401. 2º LOPJ). También se limita la extensión territorial de las Asociaciones, señalándose que tendrán ámbito nacional aunque podrán tener secciones coincidentes con el territorio de un Tribunal Superior de Justicia (art. 401.3º de la LOPJ), y han de inscribirse en un Registro del CGPJ al que incorporarán una copia de los estatutos, que deberán ajustarse a los requisitos exigidos en el art. 401. 7º LOPJ¹⁰⁹⁰.

Hay que precisar que cuando la Ley Orgánica habla del ámbito nacional de la Asociación, no se predica en relación con el ámbito objetivo de su actuación sino con el subjetivo de su integración. Lo que se quiere por el legislador no es otra cosa que la constitución de asociaciones amplias de carácter nacional, y por ello mismo aunque disfrutarían del carácter de asociaciones nacionales aquellas Asociaciones de una sola categoría de la Carrera Judicial o circunscrita a determinados destinos judiciales u órganos judiciales, o a determinadas especialidades, estas no satisfarían la condición legalmente requerida de que sean Asociaciones de Jueces y Magistrados en el sentido y con el alcance subjetivo general que requiere la Ley Orgánica.

9.1.4. Derecho de Asociación de Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos.

¹⁰⁸⁹ Sobre el tema de las funciones de las Asociaciones Judiciales Vid. MARIN CASTAN, F., *Funciones de las Asociaciones de Jueces y Magistrados*, Poder Judicial número V, especial, pág. 67; en la misma revista, BELLOCH JULBE, J.A., *Notas sobre el Asociacionismo judicial*, pág. 35 y siguientes y MAZA MARTIN, *Asociaciones de Jueces y Magistrados* pág. 71 y siguientes.

¹⁰⁹⁰ Las menciones que han de contener los estatutos de las Asociaciones de Jueces y Magistrados son las siguientes;

- a) Nombre de la Asociación.
- b) Fines específicos.
- c) Organización y representación de la asociación. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.
- d) Régimen de afiliación.
- e) Medios económicos y régimen de cuotas.
- f) Formas de dirigir los cargos directivos de la Asociación.

Atendiendo a lo dispuesto en el art. 401 de la LOPJ, que señala que "... se reconoce el derecho de libre asociación profesional de Jueces y Magistrados integrantes de la Carrera Judicial...", hemos de preguntarnos sobre la posible viabilidad de una asociación de Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos. En un principio y si nos centramos en las ideas señalada en el punto anterior, una Asociación de estos magistrados o Jueces no parece tener muchas posibilidades, puesto que su propia denominación y alcance subjetivo resulta incompatible con la necesidad de permitir que todo Juez o Magistrado pueda ser miembro de una Asociación judicial, habida cuenta de que solo lo podrían ser los Jueces y Magistrados sustitutos y suplentes respectivamente.

Por otro lado al analizar las situaciones en que la propia LOPJ prevé la intervención de las Asociaciones Judiciales, hemos de concluir que existen algunas en las que sólo es posible la intervención de las Asociaciones integradas por miembros de la Carrera Judicial.

Sobre este punto que tratamos ya tuvo oportunidad el Tribunal Supremo de pronunciarse en Sentencia de 7 de marzo de 2003 (Recurso 510/2001) (RJ 2003\3062). El Consejo General del Poder Judicial había denegado la inscripción en el Registro de Asociaciones Judiciales de una Asociación en constitución de Magistrados suplentes y Jueces sustitutos, entendía el Consejo que estos Jueces y Magistrados al no ser profesionales y su actividad ser de carácter temporal, deberían ejercer su derecho de asociación con sujeción al régimen general previsto en la Ley de Asociaciones, y por lo tanto no les era de aplicación el régimen profesional previsto en el artículo 127 de la Constitución y en el art. 401 de la LOPJ. Esto fue decidido por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión de 12 de diciembre de 2000, frente a dicho acuerdo se interpuso recurso de alzada que fue desestimado por el Acuerdo Plenario de 21 de marzo de 2001, y que como señala RUBIO TORRANO¹⁰⁹¹, entre los argumentos que utilizaba el Pleno para mantener el criterio que ya había sostenido la Comisión Permanente, el más consistente parecía ser la dicción literal del art. 298.2 de la LOPJ, que dispone expresamente que los Magistrados suplentes y Jueces sustitutos ejercen las funciones jurisdiccionales sin carácter de profesionalidad.

Tras la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo el Tribunal Supremo anuló el citado acuerdo del CGPJ, y reconoció el derecho de esta Asociación a ser inscrita en el Registro de Asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados, con los siguientes argumentos;

Para medir el alcance del derecho constitucional al asociacionismo profesional judicial no puede perderse de vista la regulación constitucional de la libertad sindical.

- El artículo 127 de la Constitución es una norma de interpretación restrictiva.
- El art. 401 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no limita en su literalidad la aplicación del régimen asociativo a los Jueces y Magistrados de Carrera, sino que en todo caso se refiere a asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados, sin más adjetivación, siendo de destacar que la nota que se reitera es la de la profesionalidad de los intereses que se pretenden defender.

¹⁰⁹¹ RUBIO TORRANO, E., "*Derecho de Asociación de Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos*", Aranzadi Civil, 2003, Tribunales, Vol I. Pág. 1843- 1845.

- Ni la Constitución ni la LOPJ hablan de Asociaciones de Jueces y Magistrados profesionales, sino de asociaciones profesionales de jueces y magistrados.
- La nota de la temporalidad en el ejercicio de la función judicial no es un requisito que resulte de la Constitución, y el art. 401, regla 5ª, únicamente alude a la condición genérica de Jueces y Magistrados en activo, condición que cumplen los que han de integrar la asociación.
- Los magistrados suplentes y los Jueces sustitutos mientras permanecen en activo, por tener un nombramiento en vigor, pueden ostentar otros intereses tales como los afectantes a la retribución y anejos, formación profesional, mejoras de sus condiciones de empleo etc., calificables de profesionales, o encuadrables entre los económicos y sociales a que alude el artículo 7 de la Constitución¹⁰⁹², que en último lugar delimita el ámbito objetivo del asociacionismo profesional judicial. De esta manera el TS sale al paso del argumento fundado en la dicción literal del art. 298.2 de la LOPJ, en el que el acuerdo impugnado, como decíamos, pone mayor énfasis. El TS hace notar que dada la localización sistemática de este precepto (dentro del Título I, relativo a la Carrera Judicial y a la provisión de destino), la declaración legal de carencia de profesionalidad de los Magistrados suplentes y Jueces sustitutos no “tiene otra finalidad que resaltar que tales componentes del poder judicial, no pertenecen a la carrera judicial.... O sea, que lo que en el precepto se resalta, es simplemente su no pertenencia a la carrera judicial, a la que se identifica con el desempeño profesional de la función de juez, pero sin otros fines o consecuencias en relación a otros intereses...” que como decíamos más arriba son calificables de de profesionales o encuadrables entre los económicos y sociales a que alude el art. 7 de la CE.

En definitiva todo esto significa que lo Magistrados suplentes y Jueces sustitutos ejercen su función de forma temporal, pero mientras la ejercen gozan del derecho de asociarse profesionalmente. Habida cuenta que para el Tribunal Supremo la denegación de la inscripción de la Asociación en el Registro de Asociaciones de Jueces y Magistrados “parte de una interpretación restrictiva y formalista del derecho de asociación profesional de Magistrados y Jueces... que disminuye de un modo exagerado el derecho de defensa de los intereses que son propios de éstos también componentes del Poder Judicial, ajenos a la Carrera judicial, pero asimismo sometidos al mismo rígido sistema de incompatibilidades durante su permanencia en actividad, y sin que tampoco se les permita, en dicha situación, la integración defensiva en sindicatos”.

Esta sentencia en primer lugar que no agota la diferencia existente entre Jueces y magistrados de Carrera y Jueces sustitutos y Magistrados suplentes¹⁰⁹³, y por otro lado

¹⁰⁹² Art. 7 de la CE “Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

¹⁰⁹³ Se echa en falta un análisis de las diferencias que se derivan del artículo 201 LOPJ en relación con el artículo 212.2, ambos de la LOPJ, de los que se puede deducir que no es trasladable sin más, una completa equiparación entre ambos grupos. Tampoco se extrae ninguna consecuencia de la limitación que hace la ley en el llamamiento de Magistrados suplentes (art. 200.1 último inciso), conforme al cual no podrá concurrir a formar sala más de un Magistrado suplente, ni de que pueden ser nombrados Magistrados suplentes, con la consideración de Magistrados eméritos, los miembros de la Carrera judicial jubilados por edad.

Todas estas cuestiones quizás hubieran de haber sido analizadas para aclarar la situación.

queda por desbrozar como sería la intervención de Asociaciones de Jueces sustitutos y magistrados suplentes, en las actuaciones que para las asociaciones judiciales se prevén en la LOPJ y se encuadran en el gobierno del Poder judicial. En lo que se refiere a la elección de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, resulta que los 36 candidatos de procedencia judicial¹⁰⁹⁴ son presentados por las Asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados o por un número de Jueces y Magistrados que representen, al menos el 2 por ciento de todos los que se encuentran en servicio activo. Y este sistema no parece muy amoldable y coherente con asociaciones cuyos miembros no están ejerciendo la jurisdicción, o ejerciéndola la van a ejercer durante un escaso tiempo, o no la van a ejercer en ningún momento. Lo mismo podría decirse sobre el resto de cuestiones en que la Ley Orgánica del Poder Judicial concede participación a las asociaciones judiciales¹⁰⁹⁵.

9.2. DERECHO A PARTICIPAR EN LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO INTERNO DEL PODER JUDICIAL.

Los Jueces y Magistrados son directamente órganos gubernativos y a la vez participan en los órganos de gobierno de Juzgados y Tribunales, siendo electores y elegibles para el CGPJ, las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia y determinados Decanatos.

Como todos sabemos, es el art. 122 de la Constitución Española el que prevé que de los veinte miembros que han de componer el CGPJ, doce serán Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, cuyo procedimiento de selección será previsto por Ley Orgánica, y dicha previsión constitucional se contiene en el artículo 112 de la LOPJ, en la redacción que se le ha dado al mismo por la LO 2/2001 de 28 de junio.

Podrán ser propuestos los Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales que estén en Servicio activo y no sean miembros del Consejo Saliente o presten servicios en los órganos técnicos del mismo (art. 112.1 LOPJ). El sistema plantea muchas problemáticas e imperfecciones, algunas de las cuales ya hemos mencionado anteriormente.

La propuesta de jueces y magistrados la realizan las asociaciones profesionales respecto de los Asociados, o a través de la firma (de al menos un 2 % de todos los que se encuentren en servicio activo) avalando a un candidato respecto de los no asociados. De esta manera y en una primera fase son elegidos treinta y seis precandidatos, a razón de tres por cada uno de los doce miembros del Consejo de procedencia judicial.

¹⁰⁹⁴ De entre los que el Congreso de los Diputados elegirá seis y el Senado otros seis de entre los treinta restantes.

¹⁰⁹⁵ La decisión del CGPJ anulada por el TS no negaba a los promotores su derecho de asociación. Se limitaba a resolver que ese derecho debería ejercitarse al amparo de las normas reguladoras del derecho de asociación, lo que no significa, en puridad ninguna limitación de derechos. El régimen asociativo de Jueces y Magistrados previsto en el artículo 127 de la Constitución no puede desligarse de la previsión recogida en el artículo 122 de la propia Constitución, conforme al cual se desprende que este derecho asociativo se está predicando de los Jueces y Magistrados de carrera, que forman, como también dice este mismo precepto, un Cuerpo Único.

El número de candidatos que pueden presentar cada Asociación Profesional y los que corresponderían presentar en base a firmas de aval de jueces y magistrados ha de seguir unos "...criterios estrictos de proporcionalidad..." establecidos en la ley (art. 112.3 LOPJ), y que son los siguientes; los treinta y seis candidatos se distribuirán en proporción al número de afiliados de cada Asociación y al número de no afiliados a asociación alguna, determinando este último número el máximo de candidatos que pueden ser presentados mediante firmas de otros Jueces y Magistrados no asociados¹⁰⁹⁶ sin que ningún Juez o Magistrado pueda avalar con su firma más de un candidato. Si el número de presentados con aval de firmas suficientes supera los candidatos que para esta vía se habían previsto, atendiendo al número de no afiliados a asociación alguna, sólo se tendrán como candidatos lo que hasta el número máximo previsto estén avalados por el mayor número de firmas. Si sucediere justamente lo contrario, que no hubiere candidatos avalados por firmas hasta el número que correspondiere a este sistema, los restantes se proveerán por las asociaciones en proporción al número de afiliados, es por ello y para evitar retrasos, que se prevé que las Asociaciones en sus propuestas presentarán una lista complementaria de candidatos.

Obtenidos así los treinta y seis candidatos presentados se elegirán en primer lugar seis vocales por el Pleno del Congreso de los Diputados, y una vez elegidos estos seis vocales, el Senado elegirá los otros seis entre los treinta candidatos restantes, y ello por mayoría de tres quintos de sus miembros¹⁰⁹⁷.

Por lo que se refiere a la composición de las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia habremos de estar a lo dispuesto en los artículos 149-151 LOPJ, y asimismo a los artículos 1 y 18 a 23 del Reglamento 1/2000 de 26 de julio de los Órganos de Gobierno de los Tribunales.

Podemos distinguir entre miembros natos y miembros electivos. Miembros natos serán los Presidentes del Tribunal Supremo y de la Audiencia nacional, y los presidentes de las Salas en ellos existentes. En el caso de las Salas de Gobierno de los TTSSJJ, los Presidentes de dichos órganos y los Presidentes de las Salas en ellos existentes, y los Presidentes de las Audiencias Provinciales de la Comunidad Autónoma. Son miembros electores todos los Magistrados designados en las Salas del Tribunal a que se refiera la elección así como los Magistrados y Jueces destinados en los órganos jurisdiccionales sites dentro del ámbito territorial de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia. Y son elegibles los mismos electores salvo que se traten de miembros natos de las Salas de Gobierno por razón de su cargo. Se precisa para tomar parte en esta elección estar en servicio activo, y haber sido nombrado, más no es necesario haber tomado posesión del órgano judicial para el que se ha sido nombrado.

El legislador de 1994 aumentó la composición de las Salas de Gobierno de los TSJ, incorporando a ella a los Presidentes de las AP y los Jueces Decanos liberados; con

¹⁰⁹⁶ Todo ello de conformidad con los datos del Registro constituido en el CGPJ de acuerdo con el art. 401.6º LOPJ.

¹⁰⁹⁷ Posteriormente a la elección de estos seis vocales por el Pleno de cada Cámara, y de conformidad con el art. 113.2 de la LOPJ, también los Plenos de cada cámara elegirán cuatro vocales por mayoría de tres quintos miembros.

lo que se potencia la representación de los órdenes civil y penal, frente a las carencias de la situación previa. Pero, para mantener la línea “democratizadora” de la Ley de 1985, aumenta el número de los miembros directa “aunque corporativamente” elegidos.

Para los casos en que la Sala de Gobierno alcance unas dimensiones que obstaculicen su operatividad¹⁰⁹⁸ se crea una Comisión Permanente, integrada por seis miembros, tres natos y tres electos, y de la que formará parte en todo caso el Decano liberado¹⁰⁹⁹ (art. 149 LOPJ).

La reforma de 2003 ha introducido un apartado 4 para reconocer expresamente al Secretario de Gobierno como Secretario de la Sala de Gobierno. Hay que tener en cuenta que tras la LO 19/2003, el Secretario de Gobierno es el máximo responsable de la organización de la oficina judicial y a tal fin el art. 153.2 LOPJ le reconoce legitimación para instar la reunión de la Sala de Gobierno a fin de tratar cuestiones que afecten a oficinas judiciales o a secretarios judiciales que de él dependen¹¹⁰⁰.

Por lo que se refiere a los Jueces Decanos, el art. 166 de la LOPJ, señala que en las poblaciones donde haya diez o más Juzgados se podrá elegir y ser elegido Juez Decano por mayoría de tres quintos. Si no se obtuviere dicha mayoría en la primera votación bastará la mayoría simple en la segunda, resolviéndose los empates a favor de quién ostente mejor puesto en el escalafón¹¹⁰¹.

Ya hemos señalado anteriormente que todos los Presidentes de las Salas de Justicia y los Jueces son órganos de gobierno de sus respectivos órganos jurisdiccionales, y sobre ellos y de conformidad con el art. 165 de la LOPJ, ejercen la dirección e inspección de todos los asuntos, adoptando las resoluciones que la buena marcha de la Administración de Justicia aconseje, ejerciendo dentro del marco legal, las funciones disciplinarias sobre el personal adscrito al órgano judicial, así como sobre los profesionales que se relacionan con el Tribunal¹¹⁰².

¹⁰⁹⁸ Es decir cuando el número de miembros exceda de diez, y la operatividad se dificulte aunque sólo sea por la dificultad de reunir a todos los miembros sin menoscabo de las funciones jurisdiccionales.

¹⁰⁹⁹ La coordinación entre el Pleno y la Comisión tiene lugar a través de un método de dación de cuenta, haciéndose también expresa referencia a la posibilidad de una cierta modalidad de avocación.

¹¹⁰⁰ Hemos de tener en cuenta que la intervención del Secretario de Gobierno se ve reforzada cuando se trate de cuestiones que afecten a las oficinas judiciales o secretarios judiciales que de él dependan, pues, en este caso, el Secretario de Gobierno tendrá voto en el acuerdo que pueda llegar a adoptarse (art. 153.2 LOPJ). Ahora bien, para evitar colisión de criterios entre la competencia gubernativa o judicial que corresponde a jueces y magistrados y la organizativa y funcionaria que compete al Secretario de Gobierno, es claro que en cuanto miembro de la Sala está vinculado en su esfera de actuación por los criterios que se adopten, y por razón de jerarquía descendente, también vinculará el Acuerdo de la Sala de Gobierno al resto de los Secretarios que de aquél dependan, cualquiera que fuere la Administración que haya propuesto y designado al Secretario de Gobierno. Con ello se pone de manifiesto la superior dirección de la oficina judicial que compete a las correspondientes Salas de Gobierno.

¹¹⁰¹ El procedimiento electoral de Juez Decano se regula en los artículos 64 y 72 a 80 del Reglamento de los Órganos de Gobierno de Tribunales, aprobado por Acuerdo del CGPJ de 26 de julio de 2000 (BOE nº 216 de 8 de septiembre de 2000; corrección de errores en BOE nº 237 de 3 de octubre).

¹¹⁰² Sobre las Facultades inspectoras véanse los artículos 174 y 175 de la LOPJ, también y para lo que se denomina policía de estrados respecto de los intervinientes en el Tribunal que no sean Abogados o Procuradores, los artículos 190-195 de la LOPJ, y para el caso de que sean abogados y procuradores los artículos 552-557 del mismo texto legal.

Tras la reforma operada en la LOPJ por la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, por la que se ha redactado completamente el libro VI de dicha ley del Poder Judicial, se han suprimido las facultades gubernativas de los Presidentes de las Salas de Justicia y de los Jueces sobre el personal al servicio del órgano judicial, disponiendo actualmente de dichas competencias el Ministerio de Justicia y los órganos que se determinen por las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, en sus respectivos ámbitos territoriales (art. 539 de la LOPJ)¹¹⁰³.

9.3. LAS ASOCIACIONES DE JUECES Y EL DERECHO DE HUELGA.

9.3.1. Las Asociaciones de jueces y la participación política.

Señalaba BELLOCH JULBE¹¹⁰⁴, que el asociacionismo judicial consagrado en el artículo 127 de la CE constituye la única concreta modalidad asociativa, hecha excepción de las Asociaciones empresariales aludidas junto con los Sindicatos en el art. 7 de la CE, que ha merecido una singular consagración constitucional, que en su opinión supone entenderlas como *tertium genus* diferenciado, por un lado de los partidos políticos y de los sindicatos, y por otro lado de los colegios profesionales que regula la Constitución en el artículo 36, presentando además peculiaridades respecto de las restantes asociaciones.

Hemos de recordar con SERRA CRISTOBAL¹¹⁰⁵ que “en aras a la salvaguardia de tal independencia e imparcialidad – de los jueces y magistrados-, a priori existe una convicción sociopolítica generalizada de que el juez debe abstenerse de involucrarse en actividades de naturaleza política”, es por ello y como ya hemos mencionado con anterioridad que no se permite a un Juez la afiliación a un partido político o sindicato, no obstante y por el contrario esta constitucionalmente previsto el asociacionismo judicial, en el que las connotaciones políticas son de sobra conocidas, por lo que este autor ha referido que “el asociacionismo constituye el grado inferior, en cuanto a implicación política, frente a la pertenencia a un sindicato o partido político”¹¹⁰⁶. Por nuestra parte podemos concluir que el asociacionismo judicial se ha establecido constitucionalmente como el mecanismo de agrupación de jueces y magistrados en defensa de los intereses de la judicatura.

En lo que respecta a nuestro entorno hemos de mencionar que en Alemania existe la Asociación Federal de Jueces (Deutscher Richterbund), que agrupa a un total de 25 asociaciones judiciales, y que dice, es independiente de cualquier partido político. En Francia se produjo la transformación del asociacionismo en sindicalismo, pues se consideró que la estructura sindical servía mejor a la defensa de los intereses

¹¹⁰³ Cfr. con el art. 464 de la LOPJ anterior a la reforma de la LO 19/2003.

¹¹⁰⁴ BELLOCH JULBE, J.A., *Jueces y derecho de huelga*, Jueces para la Democracia nº 16-17, 1992, pág. 132.

¹¹⁰⁵ SERRA CRISTOBAL, R., “*El derecho de Asociación de los Jueces: Asociacionismo profesional y asociación del juez a asociaciones no profesionales*”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 83, mayo-agosto 2008, pág. 116.

¹¹⁰⁶ SERRA CRISTOBAL, R., ob. Cit. Pág. 118.

profesionales. En Italia hasta el año 2005 no había prohibición legal respecto a la posibilidad de afiliarse a partidos políticos o sindicatos¹¹⁰⁷, y por último en Gran Bretaña no hay asociaciones de jueces, por lo que se entiende que cualquier reivindicación referida a las condiciones del servicio debe ser defendida y solventada por el gabinete de *Lord Chancellor*.

Por lo que se refiere a España, ya sabemos que el artículo 127 de la CE junto a la prohibición de los jueces de pertenecer a partidos políticos y sindicatos, hace referencia al asociacionismo judicial. Este precepto constitucional fue muy debatido durante la elaboración de la carta Magna, y así hemos de recordar que mientras la prohibición de los jueces de pertenencia a partidos políticos fue lo que primeramente aparecía en el borrador, la prohibición de pertenencia a sindicatos fue introducida por la Comisión Constitucional del Congreso. Y por último una enmienda transaccional *in voce* del diputado Sr. Roca fue la que abrió la posibilidad de que fuera una futura ley la que estableciera el sistema y modalidad de asociación profesional de los jueces, magistrados y fiscales. Así es como acabó resultando el artículo 127 CE¹¹⁰⁸.

Por lo que se refiere a los fines y actividades de las Asociaciones de Jueces y magistrados, el artículo 401.2 de la LOPJ señala que “podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de actividades encaminadas al servicio de la justicia en general. No podrán llevar a cabo actividades políticas ni tener vinculación con partidos políticos o sindicatos”. No obstante y como señala SERRA CRISTOBAL “nada es tan próximo a la actividad sindical como la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos. De hecho, no se ha dudado en afirmar que las asociaciones judiciales tienen una innegable vertiente sindical”¹¹⁰⁹. En el mismo sentido se expresan GALLEGO y MONEREO cuando dicen que en cualquier caso, el artículo 127.1 no cercena el cometido funcional de tales asociaciones, que materialmente es sindical¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁷ El artículo 98.2 de la Constitución Italiana dice que “se podrán establecer por ley limitaciones al derecho de inscribirse en los partidos políticos para los magistrados”. El legislador no hizo uso de esta opción hasta el año 2005 mediante Decreto Legislativo posteriormente modificado por la Ley 269/2006 en el sentido de prohibir “la inscripción o la participación sistemática y continuada en un partido político o la directa colaboración en la actividad de sujetos operantes en el sector económico y financiero, que puedan condicionar el ejercicio de las funciones o comprometer la imagen del magistrado”.

¹¹⁰⁸ Vid. GALLEGO MORALES, A., y MONEREO PEREZ, J. L.; “La asociación profesional y el derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales”, en MONEREO PEREZ y otros (coords): *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Granada 2002, Ed. Comares, págs. 1161.

¹¹⁰⁹ SERRA CRISTOBAL, R., “*El derecho de Asociación de los Jueces: Asociacionismo profesional y asociación del juez a asociaciones no profesionales*”, ob. cit. pág. 125. Vid también en el mismo sentido RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *La Huelga de los jueces*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº 2, febrero de 2009, pág. 53.

¹¹¹⁰ Vid. GALLEGO MORALES, A. y MONEREO PEREZ, J. L.; “La asociación profesional y el derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales”, en MONEREO PEREZ y otros (coords): *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Granada 2002, Ed. Comares, págs. 1157-1192. (pág. 1170).

En definitiva está bastante extendida la convicción de que *de facto* se trataría de “sindicatos con régimen especial”¹¹¹¹, o de que su cometido funcional es materialmente sindical (defensa de los intereses profesionales). Lo que resulta incuestionable, al margen de la posible naturaleza de las asociaciones profesionales, es que las mismas son para los jueces y magistrados “el instrumento fundamental a cuyo través resulta posible para ellos la actualización del vector promocional de la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos recepcionado en los artículos 9 y 23 de la CE, toda vez que pesa sobre estos colectivos la interdicción de pertenencia a los partidos políticos y de los sindicatos, luego tales asociaciones profesionales también han de contribuir a la realización de la idea participativa, compensando la imposibilidad de acudir a otros canales de los que expresamente se hallan privados”¹¹¹².

En la misma línea argumental se expresa BELLOCH JULBE¹¹¹³, señalando que el derecho de participación directa de los ciudadanos comprende “la vehiculación precisa de esa participación a través de los grupos en que los ciudadanos se integran”, y la Constitución consagra distintos instrumentos colectivos para articular esa participación directa de los ciudadanos en los “asuntos públicos”, siendo los principales los partidos políticos (art. 6 CE), los sindicatos, las asociaciones empresariales (a las que hace referencia el artículo 7 CE), y las asociaciones consagradas en el artículo 22 de la CE, “que en realidad constituyen el género, de la que partidos y sindicatos vendrían a ser especies”. Entiende BELLOCH que el movimiento asociativo judicial es una nueva especie del derecho de asociación llena de peculiaridades, que responde a la necesidad de colmar el derecho constitucional de jueces y magistrados a participar directamente en la vida política a través de los grupos en que como ciudadanos se integran.

La CE y la LOPJ sólo se refieren a las asociaciones profesionales de jueces y magistrados, pero nada impide que un juez pueda solicitar su admisión en una asociación no profesional. En este sentido se puede ver la LO 1/2002 reguladora del derecho de asociación, que al referirse a la capacidad para asociarse simplemente señala que “los Jueces, Magistrados y Fiscales habrán de atenerse a lo que dispongan sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación en lo que se refiere a asociaciones profesionales”, (art. 3.d). Por lo tanto no hay ninguna limitación adicional para jueces y magistrados en lo que se refiere al derecho de asociación, más allá de lo que se ha prohibido por nuestra Constitución.

El alejamiento del juez de la política y, por ende, el de las asociaciones judiciales de actividades de carácter político o sindical viene a garantizar, entre otras cosas, la imagen de independencia que debe acompañar a la justicia. Coadyuva a salvaguardar una imagen del poder judicial en el que la sociedad ha depositado su

¹¹¹¹ Vid. en este sentido a OJEDA AVILES, A. “Límites constitucionales al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales”, en *Jueces para la Democracia* nº 16-17, 1992, pág. 138, y en *Actualidad Laboral* nº 6/8 de 14 de febrero de 1993, págs 87-92

¹¹¹² MONEREO PEREZ en GALLEGU MORALES, A. y MONEREO PEREZ, J. L.,; “La asociación profesional y el derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales”, en MONEREO PEREZ y otros (coords): *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Granada 2002, Ed. Comares, págs. 1172.

¹¹¹³ BELLOCH JULBE, J.A., *Jueces y derecho de huelga*, *Jueces para la Democracia* nº 16-17, 1992, pág. 133.

confianza, de unos jueces que son los garantes últimos de sus derechos y pieza insustituible del Estado de Derecho. Pero lejos de mantener a los jueces alejados de los asuntos políticos las asociaciones judiciales han servido precisamente para permitir a los jueces inmiscuirse en un terreno que su estatuto profesional les veta.

BELLOCH JULBE¹¹¹⁴ considera que “las Asociaciones Profesionales deben limitar su función de instrumento fundamental de participación en la vida política a la que podríamos denominar -vida política judicial- no entrando más que en aquellos aspectos que realmente resultan inseparables de cualquier concepto racional o razonable de Poder Judicial, en particular la teoría de los derechos y libertades fundamentales, no abarcando fuera de sus concretos aspectos otras facetas de la llamada política general”. Entiende por lo tanto BELLOCH que el artículo 127 de la CE tiene como objetivo garantizar la imparcialidad de jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales ante las diversas opciones políticas globales que se proyectan tanto en los partidos políticos como en los sindicatos. Por lo tanto la limitación del artículo 127 de la CE, se trataría de una prohibición referida a jueces y magistrados considerados como individuos aislados, no como colectivos asociativos y además referida al ejercicio de la función jurisdiccional. Y el verdadero motivo de esta limitación no puede ser otro que la doble condición de los jueces, de los asociados a esa modalidad específica de asociación, que por un lado son funcionarios y por otro son integrantes de un poder del Estado, perspectiva que nunca hemos de olvidar o minorar.

Hemos de señalar que la prohibición que afecta a Jueces y Magistrados de pertenecer a Sindicatos no supone en modo alguno prohibir o impedir que los mismos puedan defender sus intereses profesionales. En este sentido se pueden entender las Asociaciones Profesionales como el instrumento fundamental para la participación de los jueces en la vida política judicial, y por lo tanto pueden ser el cauce idóneo para la defensa de los intereses de sus asociados. Ahora bien, dicho esto, la cuestión no estaría en la legitimidad o no de las asociaciones profesionales para la defensa y promoción de esos intereses, sino que el problema radicaría en que instrumentos son susceptibles de ser utilizados por las Asociaciones, por los jueces para que el derecho no carezca de contenido. En definitiva el tema no estaría en la titularidad o no del derecho de huelga por parte del juez, sino más bien en concretar la posibilidad de su eventual ejercicio. Por lo que pasamos a analizar en el siguiente punto este posible derecho de huelga.

9.3.2. El derecho de huelga.

Al hablar del derecho de huelga y de los jueces y magistrados, abordamos una polémica de honda raigambre y sin duda alguna de rabiosa actualidad, que algún autor denomina “caso especial”¹¹¹⁵.

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO¹¹¹⁶ refiere que “los jueces como colectivo y la huelga como fenómeno jurídico” eran dos realidades que en nuestra experiencia y en

¹¹¹⁴ BELLOCH JULBE, J.A., *ob. Cit.* pág. 133.

¹¹¹⁵ GONZALEZ DE LA ALEJA, R. *La Titularidad del Derecho de Huelga. En especial en la Función Pública: Perspectivas jurídico críticas.*, Ed. Comares. Granada 1999, pág. 354 y ss.

¹¹¹⁶ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *La Huelga de los jueces*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº 2, febrero de 2009, pág. 48.

nuestra cultura, también jurídica, casaban mal, por lo que hablar de huelga de jueces parecía algo extraordinario, a pesar de que muchos piensan que ya hemos vivido una, disfrazada de reunión simultánea de Juntas de Jueces el pasado 21 de noviembre de 2008. El derecho de huelga de los jueces, por otro lado, ha sido siempre y hasta nuestros días, un debate de poco consenso, y con poca proyección mediática.

Todo esto hace que junto con PEREZ BENITEZ¹¹¹⁷ debamos adoptar algunas prevenciones, y así hemos de convenir que hace tiempo que se abandonó el paradigma de la existencia de una única solución correcta, y por lo tanto “no es cierto que cuando dos juristas discuten sobre una solución, aportando respuestas divergentes, necesariamente uno esté equivocado y el otro resulte amparado por la letra y el espíritu de la ley”, e igualmente hay que considerar que “tampoco la falta de una prohibición expresa en la norma fundamental es argumento de peso para apoyar el ejercicio del derecho de huelga por los jueces. La tesis de que, en materia de derechos fundamentales, todo lo no prohibido ha de resultar permitido, se antoja sumamente débil”. Desde estas consideraciones y prevenciones podemos iniciar el análisis de la cuestión.

En primer lugar CAMARA VILLAR¹¹¹⁸ al hablar del derecho de huelga de Jueces señala que existe un vacío normativo “si se entiende por él la inexistencia de una disposición específica, constitucional o legal, sobre esta materia”, sin que esto signifique que el ordenamiento jurídico “no pueda ofrecer una respuesta normativa que explique el aparente vacío dejando de ser tal.” Por su parte PEREZ ROYO¹¹¹⁹ señala que no hay “ningún vacío en el ordenamiento español respecto del derecho de huelga de jueces y magistrados. Hay mucho más que una prohibición expresa. La huelga de un juez o magistrado es la negación de su propia condición como poder del Estado”

Anteriormente ya hemos dicho que es al artículo 28 de la CE, el que concede el derecho de huelga a los trabajadores, siendo ya una cuestión pacífica para la doctrina y la jurisprudencia, que dentro de este término se incluyen los funcionarios y por lo tanto estos están legitimados para el ejercicio del mencionado derecho¹¹²⁰. Asimismo el derecho de huelga es considerado como un derecho social¹¹²¹, y por lo mismo, “instrumento para la consecución de los fines que persigue hasta el punto de que esos fines pueden dar sentido y convertirse en instrumento de otros mandatos constitucionales como la igualdad y participación social, debidamente promovidas por

¹¹¹⁷ PEREZ BENITEZ, J. J., “*Jueces y Huelga*” La Ley nº 225/2009 de 5 de febrero, pág. 1.

¹¹¹⁸ CAMARA VILLAR, G. *El tercer poder del Estado amenaza con la huelga*, artículo publicado en el diario La Opinión de Granada, 16 de enero de 2009.

¹¹¹⁹ PEREZ ROYO, J. *Burdo fraude de Ley*, artículo publicado en el diario el País, Sábado 17 de enero de 2009.

¹¹²⁰ Vid. entre otros MONEREO PEREZ, J.L. “*Limites subjetivos del derecho de huelga: algunas reflexiones críticas*”, Relaciones Laborales, Tomo 1993-II, págs. 89-113.

¹¹²¹ MONEREO PEREZ lo denomina “derecho social fundamental de libertad”, en “La Huelga”, en MONEREO PEREZ y otros (coords): *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Granada 2002, Ed. Comares, págs. 1058.

los poderes públicos a las que hace referencia el artículo 9.2 de la propia Constitución Española”¹¹²².

Hemos de recordar que hasta la Ley General de Publicidad¹¹²³ no se dispuso de una primera referencia legal expresa a la huelga de los funcionarios¹¹²⁴. Hoy el artículo 15. c) del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril), reconoce expresamente a los empleados públicos el siguiente derecho individual que se ejerce de forma colectiva: “el ejercicio de la huelga, con las garantías del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”. El Estatuto básico del empleado público se aplica al personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas, y en lo que pueda a su personal laboral, incluidos en su ámbito de aplicación, teniendo carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación (art. 2, apartados 1 a 5 de la Ley 7/2007). Sin embargo, esta ley recoge expresamente que los “Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia” disponen de legislación específica propia, de forma que “este Estatuto sólo se aplicará directamente cuando así lo disponga su legislación específica” (art. 4. c.). En ningún precepto de la LOPJ hay la más mínima referencia al ejercicio de la huelga para Jueces y Magistrados ni remisión alguna al Estatuto básico o cualquier otra norma que pudiera regular este derecho.¹¹²⁵

A la hora de abordar el problema hemos de señalar como dice SOLDEVILA¹¹²⁶ que “se ha llegado a negar que jueces y magistrados sean funcionarios, habida cuenta la naturaleza del cometido que desempeñan, como titulares de un poder del Estado y la imprescindible nota de independencia que el mismo exige, que es, conceptualmente incompatible con la configuración del juez como funcionario público, por definición dependiente de una organización administrativa”, esta negación, no pone sino de manifiesto la doble naturaleza de los jueces y magistrados, como trabajadores pertenecientes a una organización administrativa y como titulares y ejercientes de la

¹¹²² LOPEZ MARTIN DE LA VEGA, R. *La huelga de funcionarios públicos y el código penal*, Ed. Bomarzo, Albacete 2005, pág. 155.

¹¹²³ BOE de 15 de noviembre de 1988.

¹¹²⁴ Sobre el derecho de huelga de los funcionarios públicos, Vid. por todos a CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. *El derecho de Huelga de los funcionarios públicos*, Ed. Thomson- Aranzadi, Madrid 2006.

¹¹²⁵ Tengamos también en cuenta en esta exposición otro dato cual es que la disposición adicional primera del Proyecto de Ley de Huelga de 1993, nunca aprobado, señalaba que “la presente Ley no es de aplicación a los miembros de las Fuerzas Armadas, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, ni a los Jueces, Magistrados y Fiscales mientras se hallen en activo, los cuales se regirán por su normativa específica”. Esta disposición dio lugar a que la Asociación de Jueces y Magistrados “Jueces para la democracia” reaccionara diciendo que “Ante la exclusión expresa de los Jueces y Magistrados del ejercicio del derecho de huelga en el proyecto de Ley que lo regula, Jueces para la Democracia considera que tal exclusión vulnera un derecho fundamental sin que medie justificación objetiva y razonable”.

Ante esto señalar que el proyecto de ley no excluía el derecho de huelga, sino que lo que dice es que no se aplicará esta ley, sino su normativa específica, dejando abierta la cuestión.

¹¹²⁶ SOLDEVILA FRAGOSO, S., *Derechos de Huelga de Jueces y Magistrados*, en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 7, 1993, pág. 414.

potestad jurisdiccional. Como refiere SANCHEZ PEGO¹¹²⁷ “el problema técnico surge del difícil equilibrio entre la laboralidad originaria del derecho de huelga y la participación funcional en uno de los poderes del Estado”. Esta doble naturaleza es a la que responde el presente trabajo, en el que se analiza al juez funcionario, y al juez titular del poder del Estado sin que una faceta anule o haga desaparecer la otra. Y esta doble naturaleza es la que planea a la hora de abordar la problemática del derecho de huelga de los Jueces y Magistrados.

Como punto de partida hemos de decir que el derecho de huelga es un derecho fundamental siendo la norma general que todos los ciudadanos tienen derecho a su ejercicio, y que las restricciones al mismo tendrán carácter excepcional, y naturalmente motivado.

Para justificar que los jueces y magistrados no pueden ejercer ese derecho, en un primer momento se argumentó que la titularidad del derecho de huelga, no reside en las personas físicas individuales sino en los sindicatos, pues estos carecerían de sentido si no tuvieran la exclusividad para convocar todas las huelgas, por ello se decía que al prohibir el artículo 127 de la Constitución, la sindicación de los jueces y magistrados, se estaría prohibiendo por esta vía el derecho de huelga de los mismos. Esta cuestión fue abordada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 8 de abril de 1981 (RTC 1981\11), en la que definió el derecho de huelga “como un derecho de titularidad individual, aunque de ejercicio colectivo” (f.j. nº 11), distinguiendo el tribunal entre la titularidad del derecho, que únicamente corresponde a los trabajadores y las facultades que integran el mismo que corresponderían tanto a los trabajadores individuales como a los sindicatos¹¹²⁸. Por otro lado el artículo 28.2 CE se refiere específicamente a los trabajadores, personas físicas como titulares del derecho de huelga, sin que el precepto haga referencia alguna a las organizaciones sindicales. En definitiva, según OJEDA AVILES¹¹²⁹ el artículo 28 de nuestra Carta Magna consagra en su número 1 la libertad sindical y en su número 2 el derecho de huelga, de manera autónoma, como dos derechos fundamentales con sede propia y distinta, sin que el derecho de huelga como instrumento de defensa haya de estar vinculado de forma exclusiva a los sindicatos, es decir los sindicatos pueden convocar una huelga, pero para convocar una huelga no son imprescindibles los sindicatos.

Por otro lado la LOPJ al regular el derecho de huelga en su artículo 496, precepto modificado por la LO 19/2003, señala que “Los funcionarios tienen los siguientes derechos colectivos, en los términos establecidos por la Constitución y las Leyes:

- a) a la libre asociación profesional.

¹¹²⁷ SANCHEZ PEGO, F.J., *La huelga en la función pública y las huelgas judiciales*, Documentación Laboral nº 42, 1992, pág. 96.

¹¹²⁸ Sobre la titularidad individual y el ejercicio colectivo del derecho de huelga Vid. LOPEZ MARTIN DE LA VEGA, R. *La huelga de funcionarios públicos y el código penal*, Ed. Bomarzo, Albacete 2005, pág. 158 y siguientes.

¹¹²⁹ OJEDA AVILES, A. “Límites constitucionales al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales”, en *Jueces para la Democracia* nº 16-17, 1992, pág. 136-137. Vid también mismo trabajo en *Actualidad Laboral* nº 6/8 de 14 de febrero de 1993, págs 87-92.

- b) A la libre sindicación.
- c) A la actividad sindical
- d) De huelga, en los términos contenidos en la legislación general del Estado para funcionarios públicos, garantizándose el mantenimiento de los servicios esenciales de la Administración de Justicia.
- e) A la negociación colectiva, a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo para lo cual se establecerán los marcos adecuados que permitan una mayor y más intensa participación de los representantes de los funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia, a través de grupos de trabajo, mesas o cualquier otro foro de diálogo y negociación.
- f) De reunión”

Este precepto se encuadra en el capítulo I del Título IV, dedicado a los derechos, deberes e incompatibilidades, del Libro VI de la LOPJ que se ocupa de los “Cuerpos de Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia y de otro personal”, es decir, del personal al servicio de la Administración de Justicia, excluyéndose por tanto a los Jueces, Magistrados y Secretarios judiciales (Cf. 470 LOPJ). No obstante, no podemos deducir que el legislador haya querido privarles de ese ejercicio, puesto que como señala el TC, el ejercicio de un derecho fundamental no depende del desarrollo legislativo que del mismo se haga, ya que las normas constitucionales en las que se encuentran recogidos, son directamente invocables ante los tribunales ordinarios de justicia, siendo título suficiente para su ejercicio¹¹³⁰.

Por otro lado hemos de señalar que el derecho de huelga no tiene carácter ilimitado pudiendo el legislador prohibirlo o imponerle limitaciones o condiciones de ejercicio del derecho. En este sentido en España hay funcionarios como la policía (LO 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado) y el personal militar (Ley 85/78 de 28 de diciembre) que lo tienen prohibido. Ahora bien, como dice AGUIAR DE LUQUE¹¹³¹, la cuestión no es si los jueces y magistrados son titulares de los derechos fundamentales que la Constitución consagra, que lo son, sino a qué límites se hallan éstos sometidos, dónde se hallan contemplados tales límites, cómo operan, con qué criterios han de ser interpretados y, sobre todo, con qué limitaciones han de ser aplicados tales límites. Entiende OJEDA AVILES¹¹³² que “aplicar al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales los límites que le son propios abarca una parte, quizá la principal, de la problemática en torno a ese fenómeno. Hay problemas sucesivos, pero asimismo importantes, como es el de controlar la legalidad de las huelgas de este personal. *¿Quid custodiat custodes?*, podríamos interrogarnos. Aunque se nombren servicios esenciales y se cumplan escrupulosamente, si los magistrados de la Audiencia Nacional van a la huelga y les compete a ellos declarar su licitud o ilicitud ¿no vendrán, con razón, recusados para tal menester?”. Por otro lado otra parte de la doctrina como

¹¹³⁰ Vid. FJco. Número 7 de la STC 8 abril de 1981.

¹¹³¹ AGUIAR DE LUQUE, L., “Poder judicial, estatuto del juez y libertad de expresión”, en Alessandro PIZZORUSSO (Coord.): *Libertad de manifestación de pensamiento y jurisprudencia constitucional: Doctorado de “Justicia Constitucional y Derechos fundamentales”*, Valencia 2005, Ed. Tirant Lo Blanch, pág. 273.

¹¹³² OJEDA AVILES, A. “Límites constitucionales al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales”, en *Jueces para la Democracia* nº 16-17, 1992, pág. 139. Vid también mismo trabajo en *Actualidad Laboral* nº 6/8 de 14 de febrero de 1993, págs 87-92

BELLOCH JULBE¹¹³³ señalan que una primera limitación constitucionalmente implícita sería la de que no caben huelgas judiciales “políticas”, lo que en su opinión supondrían que “las Asociaciones Profesionales no pueden pretender hacer uso de tal instrumento como forma legítima de articular su –participación en la vida política judicial- ni en consecuencia, como medio de presión encaminado a favorecer o imponer su propio modelo de política judicial”

Otro de los argumentos que se han utilizado para razonar la imposibilidad del ejercicio de la huelga por los Jueces y Magistrados es la necesidad permanente de sus servicios. Sin duda alguna la labor y función que desarrollan el personal juzgador es de una importante trascendencia para toda la sociedad, pero entonces no se podría entender que al personal funcionario de las oficinas judiciales si se les reconozca el derecho de huelga, por cuanto que la misma también impediría la prestación del servicio de la administración de justicia, habida cuenta que su inactividad paraliza plenamente el funcionamiento de los juzgados. Por ello los que mantienen la posición de la posibilidad del ejercicio de la huelga por Jueces y Magistrados, señalan que es precisa una completa y detallada regulación de los servicios mínimos necesarios, pero que no cabría la imposibilidad del ejercicio del derecho. No obstante hemos de recordar que el personal destinado en las oficinas judiciales no son titulares del Poder Judicial.

Por último, hemos de señalar que los Jueces y Magistrados son titulares de un poder del Estado, el Poder Judicial, y son Poder Judicial todos y cada uno de los Jueces y Magistrados considerados individualmente cuando ejercen jurisdicción. Desde este punto de vista del Juez como titular de un poder del Estado, parece inadmisibles que pueda ejercitar el derecho de huelga, pues el ejercicio de la misma para poder hacer efectivas sus pretensiones relativas a la determinación de sus condiciones de trabajo conlleva una situación de dependencia pues la huelga reivindicativa se ejercita por el subordinado respecto de su empleador¹¹³⁴. Otra cuestión distinta es la realidad constatada de esa relación de dependencia por cuanto existe la incidencia del poder ejecutivo en los ingresos económicos de jueces y magistrados, y por ello SOLDEVILA FRAGOSO¹¹³⁵ indica que “es notablemente distinto el trato que reciben los titulares de

¹¹³³ BELLOCH JULBE, J.A., *Jueces y derecho de huelga*, Jueces para la Democracia nº 16-17, 1992, pág. 134.

¹¹³⁴ CAMARA VILLAR, G. *El tercer poder del Estado amenaza con la huelga*, artículo publicado en el diario La Opinión de Granada, 16 de enero de 2009.

Señala que “el caso de los jueces es distinto. No se trata aquí ni de trabajadores por cuenta ajena ni de personas que estén en una relación “de especial sujeción” ante la Administración de Justicia, sino de personas que son portadoras de un poder del Estado. Y lo son no como colectivo, sino singularmente todos y cada uno de los mismos....Por consiguiente, por mucho que estiremos el concepto y aunque evidentemente los jueces trabajen como profesionales de la Administración de Justicia (probablemente muchos de ellos más de lo que sería razonable exigirles), no son ni mucho menos trabajadores que tengan que defender sus intereses frente a un empleador, sino un poder del Estado independiente de cualquier otro poder. Precisamente por ello no podrán desempeñar otros cargos públicos mientras estén en activo ni pertenecer a partidos o sindicatos, si bien pueden canalizar sus reivindicaciones profesionales a través de su modalidad específica de asociación profesional (art. 127 de la Constitución”.

En su opinión si los jueces acuden a la huelga no ejercitan un derecho fundamental, sino que lo que hacen es abandonar temporalmente el ejercicio del poder jurisdiccional del que son portadores por mandato constitucional, dejando en el vacío ese concreto poder del Estado.

¹¹³⁵ SOLDEVILA FRAGOSO, S., *Derechos de Huelga de Jueces y Magistrados*, en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 7, 1993, pág. 416.

los otros poderes del Estado, parlamentarios y miembros del gobierno, fijando unos sus propias retribuciones y proponiendo los otros las mismas, directamente a las Cortes, y efectuando ellos materialmente el pago.”

PEREZ ROYO¹¹³⁶ mantiene que el derecho de huelga de un poder del Estado es algo constitucionalmente impensable, en su opinión “los poderes del Estado son portadores personas físicas que tienen que tener la condición de ciudadanos. Hay que ser ciudadano español para ser presidente del Gobierno o ministro, o diputado o senador o juez o magistrado. Pero una vez que un ciudadano se convierte en portador de un poder del Estado, es esta perspectiva y no la condición de ciudadano la determinante para la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales”, y asimismo estima que el primer mandato que contiene la Constitución para todos los poderes del Estado, es que el poder no puede dejar de ser ejercido, es decir ha de haber continuidad en el ejercicio del mismo, y esta es una de las premisas sobre las que descansa el Estado en cuanto forma de organización del poder.

PEREZ ROYO considera que los jueces y magistrados son concedores de que no pueden ejercer el derecho de huelga, puesto que no son titulares del mismo y porque sería incompatible con su propia condición de juez, por ello estima que “están recurriendo a –tretas- para convocar la huelga obviando el control de las juntas de gobierno de los tribunales superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y del Consejo General del Poder Judicial, que constituyen un burdo fraude de ley, ya que una asamblea de jueces no es una asamblea de trabajadores de las que se contempla en el Real Decreto-ley 17/1977”.

Por último, y a modo de conclusión, hemos de recordar que la STC de 8 de abril de 1981, en su fundamento jurídico nº 12, señala que el artículo 28 de la CE no es de aplicación a los llamados trabajadores independientes, autopatrones o profesionales, es decir no son trabajadores por cuenta ajena. Esta concepción sería de aplicación a Jueces y Magistrados si tuvieran una dependencia exclusiva del CGPJ en todo lo que se refiere a su estatuto personal, y asumiendo este órgano de conformidad con el artículo 122 de la CE, más competencias y específicamente las que afectan al pago de sus retribuciones, haciéndolas efectivas e incluyendo la facultad de propuesta de las partidas que se consideren necesarias para su aprobación por las Cortes Generales en la correspondiente ley de presupuestos¹¹³⁷. En definitiva de lo que se trata aquí no es de la prohibición del

¹¹³⁶ PEREZ ROYO, J. *Burdo fraude de Ley*, artículo publicado en el diario el País, Sábado 17 de enero de 2009.

¹¹³⁷ El supuesto de una autonomía presupuestaria del CGPJ con competencias plenas en la materia, podría ser criticado en el sentido de señalar que esta autonomía escaparía del control parlamentario. Y no hemos de olvidar que de la gestión de los fondos públicos se deriva una responsabilidad política basada en las competencias que el artículo 97 de la CE residencia de forma irrenunciable en el Gobierno de la Nación. Por ello podría pensarse que al concebirse el CGPJ como un órgano políticamente irresponsable no puede exigirse la misma, quebrando un principio general del sistema parlamentario, y conformándose un Estado dentro de otro Estado. Ante esta situación hemos de decir que aunque no está previsto constitucionalmente un mecanismo que permita a las Cortes forzar la dimisión del Consejo por una mala gestión de los fondos públicos, esta no ha de ser necesariamente la única forma de control y de exigencia de responsabilidad posible. Hemos de recordar que el Tribunal de Cuentas, y demás órganos de fiscalización del Estado, así como la comparecencia ante las Cámaras de los vocales del Consejo para responder de su gestión, pueden entenderse como medios de fiscalización suficientes. Asimismo hemos de considerar las facultades de las Cortes de aprobación anual de la ley de presupuestos, y las

ejercicio del derecho de huelga para Jueces y Magistrados, sino de la imposibilidad de aplicación del artículo 28 de la Constitución a los mismos.

Llegado este punto hemos de hacer mención de los Acuerdos Adoptados por el Pleno del CGPJ en sesión extraordinaria del día 9 de febrero de 2009. En dicha sesión el Pleno del CGPJ hubo de dar respuesta a una serie de peticiones y comunicaciones recibidas en relación al seguimiento de una jornada de huelga prevista para el día 18 de febrero siguiente, resolviendo que no procedía tener por anunciada la convocatoria de huelga y por lo tanto tampoco había lugar para fijar servicios mínimos. En definitiva el Pleno del CGPJ considera la huelga ilegal, o más exactamente sin soporte normativo alguno, y en este sentido en el fundamento jurídico 2 del acuerdo que comentamos expresa textualmente los siguientes argumentos; "...lo cierto es que el ejercicio de ese posible derecho carece, en el momento actual, de soporte normativo.

Ninguno de los escritos presentados contiene una referencia al marco regulador del referido ejercicio, limitándose a una simple mención a los artículos 3 y 4 del Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de marzo, cuya posible aplicación a las peticiones que se efectúan, aparece huérfana de cualquier motivación.

Esta norma se refiere a un tipo distinto de relaciones jurídicas, sin que por tanto puedan encuadrarse en ellas las medidas que se pretenden".

Señala el Pleno del CGPJ en su fundamento jurídico 3, que es conclusión obligada de lo expuesto que no puede proceder a la fijación de servicios mínimos ni tener por tales aquellos que pudieran señalar quienes suscriben los escritos, y en el fundamento jurídico cuarto, dice que "el Consejo, en el cumplimiento de sus funciones, velará siempre para que mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, se garantice el derecho a la tutela judicial de los ciudadanos".

Finalmente hemos de señalar que el Pleno del CGPJ aprobó en el acuerdo que nos ocupa y en un segundo punto una Declaración Institucional, que es digna de mención por cuanto que una vez declarado que la huelga carece de soporte normativo muestra en ella su apoyo a las peticiones de jueces y magistrados, advirtiendo "que la respuesta efectiva a tales peticiones no se inscribe en el ámbito de sus medios propios ya que la cobertura presupuestaria de las medidas a adoptar está en manos del Ministerio de Justicia y de las Comunidades Autónomas a las que se ha transferido la competencia en esta materia". Es decir hace un difícil equilibrio dando como se dice coloquialmente una cal y otra de arena, para finalizar diciendo que "el CGPJ, como el órgano de gobierno del Poder Judicial, por tanto, no comparte medidas de presión que perjudiquen el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva y cuyo ejercicio no tiene una específica cobertura legal".

En definitiva consideramos que los Jueces y Magistrados participan de la vida política judicial mediante las Asociaciones Profesionales, por lo que la prohibición de pertenencia a un sindicato no supone que no puedan defender sus intereses profesionales. Ahora bien una vez dicho esto la cuestión es si en esta defensa se puede hacer uso de determinados instrumentos y en concreto de la huelga, es decir la cuestión no es la titularidad de la huelga sino la concreción de su posible ejercicio. Respecto de este tema es esencial partir de la naturaleza bifronte de los Jueces y Magistrados que son al mismo tiempo funcionarios públicos y titulares de un poder del Estado, sin que un

consecuencias políticas que tendría para el CGPJ una aprobación a la baja de sus asignaciones, por una mala gestión de los fondos.

perfil anule o minore a otro, y en nuestra opinión, desde esta perspectiva hemos de señalar que nuestra marco jurídico no permite ni reconoce el ejercicio del derecho de huelga por jueces y magistrados

10. DERECHO A LA REHABILITACIÓN.

10.1. Concepto y elementos de la rehabilitación.

Según el artículo 380 de la LOPJ la rehabilitación de quien hubiera perdido la condición de Juez o Magistrado, por cualquiera de las causas previstas en los apartados a), b), c) y d) del artículo 379 LOPJ, es decir por renuncia, por pérdida de la nacionalidad española, en virtud de sanción disciplinaria de separación y por condena a pena privativa de libertad por delito doloso, podrá solicitar del Consejo General del Poder Judicial su rehabilitación, una vez obtenida la establecida en el Código Penal, si procediere.

En cuanto al concepto de rehabilitación podemos atenernos al que nos ofrece la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de noviembre de 1999 (RJ 1999\9963), que dice sobre este particular lo siguiente; “rehabilitar –como enseña la Real Academia- es habilitar de nuevo o restituir una persona o casa a su antiguo estado. El funcionario rehabilitado, por tanto, recupera su condición de tal que había perdido por alguna causa legal”.

Como ya hemos señalado, la rehabilitación del artículo 380 se refiere no solo a la restitución del Juez en el cargo, previamente pérdida por alguna causa legal, sino también a la rehabilitación penal, que el Código Penal actual denomina “cancelación de antecedentes delictivos” (art. 136 C.P.)¹¹³⁸, y que supone la extinción, de modo definitivo, de todos los efectos de la pena, condición, por otra parte, necesaria para el ingreso en la Carrera ex artículo 303 de la LOPJ.

Si ponemos en relación el art. 380 con el art. 381 de la LOPJ, podemos concretar los elementos que se pueden entender necesarios en la rehabilitación judicial, y que serían los siguientes;

1º.- El cese definitivo de la causa que dio lugar a la pérdida de la carrera judicial, o la inexistencia, en su caso, de la misma. Este elemento o previsión tiene poca proyección habida cuenta de que no entra en juego con la renuncia expresa a la carrera Judicial, y en los demás supuestos de pérdida de la condición de Juez, con excepción del supuesto de pérdida de la nacionalidad española¹¹³⁹, viene a coincidir con el cumplimiento de la sanción disciplinaria, en un caso, y en el último posible, la condena a pena privativa de libertad por delito doloso ha de entenderse absorbido por la cancelación del antecedente.

2º.- La rehabilitación establecida en el Código Penal o cancelación de los antecedentes, si procediere (puesto que no todos los supuestos de pérdida de la condición de Juez dejan como secuela el antecedente penal). Este elemento hay que

¹¹³⁸ En el Código Penal de 1973, se regulaba en el art. 118.

¹¹³⁹ Debe tenerse en cuenta que la pérdida de la nacionalidad española no figura ya como pena en el C.P., y por este motivo el art. 25 del Código Civil ha sido convenientemente reformado por la Ley 36/2002 de 8 de octubre.

relacionarlo con las condiciones de aptitud para el ejercicio de la función judicial, a que se refiere el artículo 303 de la LOPJ. En esta cuestión han surgido determinadas dudas, lo que ha obligado al Consejo General del Poder Judicial a distinguir en el Acuerdo del Pleno del CGPJ núm. 6 de 8 de mayo de 2002, entre acceso ordinario a la Carrera Judicial a través de la oposición libre o por cualquiera de los turnos, y acceso extraordinario¹¹⁴⁰.

3º Y en tercer lugar la concesión de la rehabilitación conlleva un ejercicio de discrecionalidad por parte del Consejo General del Poder Judicial, puesto que como señala el art. 381.1 in fine, habrá de valorar “las circunstancias de todo orden”.

Además de los supuestos de rehabilitación previstos en el art. 380 de la LOPJ, se contempla otro en el apartado 3 del art. 387 de la misma Ley Orgánica, que señala que “Los jubilados por incapacidad permanente podrán ser rehabilitados y volver al servicio activo si acrediten haber desaparecido la causa que hubiera motivado la jubilación”

Llegado este punto, hemos de diferenciar el reingreso al servicio activo de los excedentes voluntarios y de los suspensos definitivos, de la figura de la rehabilitación, puesto que en el caso de los excedentes voluntarios y suspensos definitivos (por tiempo superior a seis meses) la declaración de aptitud necesaria para el reingreso al servicio activo supone la autorización, por parte del CGPJ, a aquel que se encuentra fuera del servicio activo, pero dentro de la Carrera, para reingresar en éste, recuperando el ejercicio de sus funciones judiciales, tras comprobar (art. 367 LOPJ) que en él se dan las condiciones de capacidad a las que se refiere el artículo 303 de la LOPJ. En cambio, y aquí podemos ver la diferenciación entre ambas figuras, en la rehabilitación, supone la recuperación de la condición de Juez de quien la ha perdido. Ambas figuras como vemos son distintas pero se equiparan en que en su tramitación se exige la comprobación de la concurrencia de las condiciones del art. 303 de la LOPJ, y no se exige la superación de ningún procedimiento de ingreso.

Por último aunque la ley nada refiere, hemos de entender que el rehabilitado reingresa en la Carrera Judicial en situación de servicio activo, pero sin que tengan efectos los periodos anteriores en los que estuvo de servicio activo o situación asimilada, es decir que reingresa sin antigüedad alguna en la Carrera Judicial, puesto que perdió su condición de Juez.

10.2. Los diferentes supuestos de rehabilitación y sus características.

¹¹⁴⁰ Esta distinción que podemos ver en el Acuerdo del Pleno del CGPJ núm. 6 de 8 de mayo de 2002, se conforma sobre el caso de un Magistrado que perdió su condición por condena penal a pena de inhabilitación especial y que, posteriormente, fue indultado. El Consejo General entendió que en ese caso el reintegro a la Carrera Judicial no exigía una previa cancelación de los antecedentes, pero no porque la Ley no lo exija, sino por el efecto propio del indulto. Además el Real Decreto 2392/2000 de 1 de diciembre, que concedió este indulto, entendió además expresamente que suponía el reintegro a la Carrera Judicial”. En concreto el CGPJ en el mencionado acuerdo señala que “lo dicho no supone ni que el indulto haya cancelado los antecedentes penales ni que los haya perdonado. No hace lo primero, pues la cancelación procedería sólo a tenor del artículo 136 del Código Penal, y no los ha perdonado porque las consecuencias a las que se extiende el indulto ya se ha dicho que son las propias del contenido de la pena ex artículo 42 del Código Penal. En definitiva debe entenderse que al extinguir la pena expresa y directamente, por el indulto se ha acordado su reintegro en la Carrera Judicial, luego este Consejo, a la hora de traducir ese efecto en consecuencias jurídico administrativas, debe proceder sin más a hacer efectivo el reintegro, pues repetimos, no se está ante un caso de acceso ordinario a la Carrera Judicial”.

La rehabilitación se había predicado originariamente de los tres primeros supuestos, la renuncia, la pérdida de la nacionalidad y la sanción disciplinaria de separación. Fue con la reforma de 1994, con la que además de recoger expresamente en el apartado 1.d) del artículo 379 de la LOPJ, a las penas privativas de libertad por razón de delito doloso (y suprimir las privativas de derechos), estableció la posibilidad de rehabilitación para quien hubiera perdido la condición de Juez también por esta causa.

En la redacción anterior a la reforma de 1994 se excluía esta posibilidad de rehabilitación de los que estuvieran incurso en los supuestos recogidos en el apartado 1 d), de tal manera que quien perdía la condición de Juez por alguna de las causas que se pueden contraer en el actual 1.d) del art. 379, no le quedaría otra alternativa que superar los procedimientos de ingreso en la Carrera Judicial, previo el cumplimiento de las condiciones de aptitud generales. Pero el legislador de la reforma de 1994, entendió que las conductas acreedoras a penas privativas de derechos (que son impuestas por delitos relacionados en el ejercicio de la función judicial), son, en principio, mucho más graves que aquellas en las que pueda incurrir un Juez como ciudadano, fuera de su condición – aunque las que lleven aparejada penas privativas de libertad por razón de delito doloso de cierta entidad revelen también incapacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional- y esta es la razón por la que posibilita la rehabilitación también a quienes pierdan la condición de Juez por esta causa, acorde con el espíritu de la reforma, expresado en la Exposición de Motivos.

Por lo que se refiere a la rehabilitación cuando se ha renunciado expresamente a la carrera Judicial hemos de decir que a pesar del tenor literal del art. 380 de la LOPJ, el Consejo General del Poder judicial no admite la misma, y así lo hizo constar en el Acuerdo del Pleno de este órgano núm. 19 de 9 de octubre de 1996, en el que tratando esta materia en relación al alcance de la renuncia a la Carrera Judicial prevista en el artículo 379.1 a) de la LOPJ y la rehabilitación regulada en el artículo 380 de la misma norma, llegó a las siguientes conclusiones; “1.- La figura de la rehabilitación prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial es aplicable a los supuestos de baja motivada por sanción disciplinaria o penal y también a aquellos otros casos de pérdida de la condición de Juez o Magistrado por renuncia presunta. En cambio, no parece que pueda ser aplicada a los casos de renuncia expresa efectuada por el interesado. 2.- Una vez efectuada la renuncia voluntaria a la Carrera Judicial, la misma debe surtir plenos efectos, y la posible reconsideración ulterior de ésta no debe alterar la voluntad libremente expresada por el interesado en su momento. Lo contrario distorsionaría la regulación legal de la situación de excedencia voluntaria. 3.- La renuncia voluntaria, como manifestación de voluntad del administrado, puede estar afectada de alguno de los vicios de la voluntad previstos tanto en el Derecho Común como en el Ordenamiento Jurídico Administrativo”.

Un supuesto específico; la rehabilitación del Juez condenado a la pena de inhabilitación.

Hemos de mencionar por último y en este apartado el supuesto específico de la rehabilitación del juez condenado a la pena de inhabilitación. Como sabemos, cuando un Juez se encuentra fuera de la Carrera Judicial sin que tenga reserva de plaza (la cual recordemos que sólo se produce en las situaciones administrativas de servicios especiales y excedencia voluntaria para el cuidado de hijo, en primera anualidad), tiene

dos mecanismos para recuperar su condición de Juez o Magistrado, por un lado la declaración de aptitud (que sólo es aplicable a algunos de los supuestos de excedencia voluntaria y a la suspensión definitiva de funciones) y por otro lado la rehabilitación que ni antes de la reforma de 1994 ni ahora es de aplicación a los inhabilitados¹¹⁴¹.

Por lo tanto fuera de estos mecanismos, no existe ningún otro por el que el Juez que haya perdido su condición y que no se encuentre en servicio activo vuelva a él, salvo que el interesado supere las pruebas selectivas previstas en la Ley, por lo que de aceptarse la tesis del Acuerdo del Pleno de este CGPJ de 28 de julio de 1999 y del Tribunal que condenó al Juez que fue sujeto pasivo de este expediente, una vez cumplida la pena de inhabilitación para el empleo o cargo de Juez de Primera Instancia e Instrucción del concreto Juzgado cuya titularidad ostentaba, éste Juez nunca podría reingresar al servicio activo (hablando con propiedad, ahora estaría en una situación exactamente igual a la de suspensión de funciones) porque no fue condenado a la pena de suspensión, conceptualmente de menor gravedad que la inhabilitación especial¹¹⁴² a menos que se quiera equiparar ambas penas y se quiera extender el mecanismo de la declaración de aptitud a una situación objetivamente mucho más grave y además no prevista en la Ley.

¹¹⁴¹ Así también lo ha constatado el Pleno del CGPJ, en el Acuerdo núm. 6 de 8 de mayo de 2002, en el que se afirmó que a la pérdida de la condición de Juez por condena penal a la pena de inhabilitación no le es de aplicación el procedimiento de rehabilitación de los artículos 380 y siguientes de la LOPJ.

¹¹⁴² Véase, al respecto, la posición que ambas penas ocupan en el catálogo general de las penas privativas de derechos del artículo 39 del Código Penal y la duración de ambas, en el artículo siguiente.

11. DERECHO AL JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY.

11.1. Derecho a la predeterminación legal del Juez. Concepto y contenido.

Señalaba GUARNIERI, que “en las magistraturas de tipo burocrático –que son las que adoptan la oposición pública para reclutar a sus propios miembros- el problema de la elección del juez queda desplazado al momento en el que de una forma concreta se le asigna el caso”¹¹⁴³, de ahí la importancia de los mecanismos para garantizar la predeterminación legal del juez¹¹⁴⁴.

Al abordar el concepto de Juez natural, ALMAGRO¹¹⁴⁵ señala que “Juez natural, equivale a Juez auténtico. Se contrapone a Juez artificial, o sea, al Juez resultante de las artificiosidades o manipulaciones provenientes, normalmente del poder, para introducir en la legislación, en normas de rango inferior o en actos, criterios condicionantes o determinantes, en sentido negativo, de la falta de rectitud del Juez para actuar con exclusiva sumisión al imperio de la ley y, por tanto, sin la idoneidad conveniente para prestar cumplida justicia”.

La predeterminación legal del juez es también una garantía dirigida a proteger la independencia y la imparcialidad de los Tribunales¹¹⁴⁶ y, a su vez un principio o máxima que ha de informar el régimen de la jurisdicción. Unidad, exclusividad e independencia serán conceptos complementarios y principios circunstanciales de la Jurisdicción en un Estado de Derecho. Las garantías se refuerzan y el Derecho a Juez legal o natural será una de sus principales consecuencias¹¹⁴⁷.

Refería DE OTTO¹¹⁴⁸ sobre la predeterminación legal del Juez, que para garantizar la imparcialidad de la justicia es preciso que el Juez competente para conocer de un caso venga determinado por aplicación de reglas generales y legales establecidas con

¹¹⁴³ GUARNIERI, C., “*El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado*”, en “*El Acceso a la función judicial. Estudio comparado*”, Manuales de Formación continuada 13, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 25.

¹¹⁴⁴ El origen del principio del juez leal o predeterminado por la ley lo encontramos en Francia en el art. 17 del Decreto 16-24 de agosto de 1790 sobre organización judicial, pero más nítido lo tenemos en el art. 4 de la Constitución Francesa de 3 de septiembre de 1791, de donde pasó al art. 247 de la Constitución Española de 1812 que señalaba que “Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el Tribunal competente determinado con anterioridad por la ley”.

¹¹⁴⁵ ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho Procesal Tomo I. Parte General Proceso Civil*, Volumen Primero, Madrid, Ed. Trivium, 1995, pág. 82.

¹¹⁴⁶ En este sentido Vid. DIEZ-PICAZO, L.M., *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 70, que señala refiriéndose a la predeterminación legal del Juez que “Esta garantía, como es sabido, tiende a asegurar la imparcialidad e independencia del órgano judicial que ha de conocer de cada causa, poniendo así al justiciable al abrigo de eventuales maniobras o manipulaciones que hagan ilusoria la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE).”

¹¹⁴⁷ Vid. SERRANO ALBERCA, J.: “*Comentarios al artículo 117*”, en F. GARRIDO FALLA; *Comentarios a la Constitución* (segunda edición ampliada), Ed. Civitas, Madrid 1985. págs. 1623 y siguientes y específicamente págs. 1645 y 1662.

¹¹⁴⁸ DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 103.

anterioridad. De no ser así, de atribuirse el conocimiento del caso mediante una disposición dictada al efecto, cabría la posibilidad de que el conocimiento de un asunto se atribuyera a éste o a aquel Juez con la finalidad de obtener una resolución de uno u otro signo, disminuyendo así la garantía de que los litigios de cualquier índole que sean obtendrán una resolución dictada por Jueces independientes e imparciales. A la protección de este interés concurren normas constitucionales complementarias entre sí: el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), y la prohibición de los Tribunales de excepción (art. 117.6 CE), ambas concreciones a su vez del mandato del art. 117.3 CE en cuanto este establece que los Juzgados y Tribunales a los que corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional en exclusiva serán los “determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

De una forma genérica, la predeterminación legal de los órganos judiciales implica que el establecimiento de los criterios para fijar el o los juzgadores que han de conocer de unos hechos tenga lugar con anterioridad a que sucedan estos hechos y mediante ley. Dicho de otra manera, lo que se pretende es que nadie pueda decidir una vez producidos los hechos, *ex post*, el órgano judicial competente ni su composición personal, y que la determinación de estos aspectos se lleve a cabo según criterios establecidos por ley.

La predeterminación legal de los juzgadores es un derecho reconocido en el art. 24.2 de la CE¹¹⁴⁹, y por tanto al tratarse de un derecho fundamental, su vulneración puede dar lugar al recurso de amparo ante el TC una vez agotada la vía judicial sin éxito. ALMAGRO¹¹⁵⁰ lo expresa diciendo que “Es un derecho autónomo en el contexto del artículo 24.2, con tutela jurisdiccional específica, como los demás derechos fundamentales”. MONTERO AROCA¹¹⁵¹ por su parte refiere que el derecho al juez legal o predeterminado por la ley (el lo llama el principio), está hoy recogido desde dos perspectivas en nuestro texto constitucional, por un lado el art. 24.2 CE –todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley-, esto lo define como aspecto positivo del principio, y por otro lado en el art. 117.6 con la prohibición de los tribunales de excepción, que sería el aspecto negativo. Por su parte ROMERO MORENO¹¹⁵² prefiere hablar de “principio” del juez predeterminado y dice que este

¹¹⁴⁹ Señala nuestro art. 24.2 CE que “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley...”. Asimismo en la actualidad se recoge en el art. 101 de la Ley Fundamental de Bonn: “Nadie podrá ser sustraído a su juez legal”; en el art. 25 de la Constitución Italiana: “Nadie podrá ser sustraído del juez natural preconstituido por la ley”; en el art. 8 de la Constitución belga de 1931: “Nadie podrá ser sustraído, contra su voluntad, al juez que la ley le asigne”, y mucho antes de estos textos el art. 4 de la Constitución Francesa de 3 de septiembre de 1791 señalaba que “les citoyens ne peuvent étre distraits des juges que la loi leur assigne, par aucune comision, ni par d’autres attributions ou évocations que celles qui sont déterminées par les lois”.

En nuestro país el juez predeterminado por la ley se recogió en el art. 247 de la Constitución de Cádiz, bajo la fórmula del “tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley, pasando de allí a todas las demás del mismo siglo.

¹¹⁵⁰ ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho Procesal Tomo I. Parte General Proceso Civil*, Op. Cit., pág. 84.

¹¹⁵¹ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, 12ª Edición, Valencia 2003, pág. 83. Vid también sobre estas perspectivas al mismo autor en., *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Op. Cit., pag. 130 y sgtes.

¹¹⁵² ROMERO MORENO, J. M., *Proceso y Derechos Fundamentales en la España del Siglo XIX*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983, pág. 297.

junto al principio de legalidad son una constante en el Derecho Constitucional español, “siendo sus precedentes tan amplios como innecesaria su explicitación”. En este sentido se pueden ver los arts. 9 de las Constituciones de 1837 y 1845, el 10 de 1856, el 11 de 1869, el 13 de 1873, y el 16 de 1876, los cuales reflejan prácticamente con las mismas palabras los dos principios o garantías antes mencionados¹¹⁵³. Según ROMERO MORENO, la aprobación de los artículos mencionados anteriormente se produce sin casi discrepancia, y “no se menciona en ellos nada que pueda ser de verdadero interés”¹¹⁵⁴, por lo que, en su opinión tratándose de un derecho jurisdiccional, en la forma en la que se reconoce en las Constituciones¹¹⁵⁵, no pueden calificarse como “derecho”, sino con el sustantivo más limitado de “principio” o “propósito de política legislativa”, de acuerdo con la dignidad de la persona humana.

Siguiendo a DE LA OLIVA¹¹⁵⁶, el contenido del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, ha sido perfilado en no pocas resoluciones del Tribunal Constitucional, pudiendo destacar en tal sentido la STC 47/1983 de 31 de mayo y la STC 101/1984 de 8 de noviembre. La primera de las resoluciones referida determina que el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la Ley (...) exige en primer término;

- que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica.
- que éste le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial.
- que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional.

A estos aspectos esenciales en la conformación del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley del art. 24.2 de la CE, la segunda resolución judicial del TC, es decir la STC 101/1984 añade que; “La predeterminación legal del juez significa que la ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso”, y “La generalidad de los criterios legales garantiza la inexistencia de jueces “ad hoc”; la anterioridad de tales criterios respecto al planteamiento procesal del litigio garantiza que

¹¹⁵³ Constituciones de 1837 y 1845, arts. 9º: “Ningún español puede ser procesado ni sentenciado si no es por el Juez o Tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban”.

Constitución de 1869, art. 11: “Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal a quien, en virtud de leyes anteriores al delito, compete el conocimiento y en la forma que éstas prescriban”.

“No podrán crearse Tribunales extraordinarios ni comisiones especiales para conocer de ningún delito”.

Constitución de 1873, art. 13. Idéntico al anterior.

Constitución de 1876, art. 16: “Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito, y en la forma que éstas prescriban”.

¹¹⁵⁴ ROMERO MORENO, J. M., *Proceso y Derechos Fundamentales en la España del Siglo XIX*, Centro de Estudios Constitucionales, Op. Cit., pág. 298.

¹¹⁵⁵ Con excepción de la del proyectó de 1873.

¹¹⁵⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGA TORRES, J.: *Derecho Procesal. Introducción*. 3ª Edición. Ed. Ramón Areces, Madrid, 2004, Op. Cit. pág. 305 y ss.

una vez determinado en concreto el juez de un caso en virtud de la aplicación de los criterios competenciales contenidos en las leyes, el juez del caso no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos”. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido avanzando y completando el derecho radicado en el art. 24.2 de la CE, y así ha manifestado que comprende también los siguientes derechos y garantías;

- Determinación legal de la composición del órgano jurisdiccional (sobre todo si es colegiado) y observancia del procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros de aquél, de forma que no quepa, manteniendo el órgano, alterar arbitrariamente a las personas que lo componen. (Vid. STC 148/1987 de 28 de septiembre).

- El derecho a formular y a ver resuelta la recusación propuesta en los casos legalmente previstos, y por juzgadores distintos de los recusados¹¹⁵⁷. (Vid. STC 47/1982 de 12 de julio, y también la STC 44/1985 de 22 de marzo. Cfr. También la STC 119/1993 de 19 de abril).

- El derecho a que no conozca un órgano de jurisdicción especial de un asunto del que deba conocer la jurisdicción ordinaria (STC Pleno 75/1982 de 13 de diciembre).

- Regularidad jurídica en la designación de jueces sustitutos (STC 31/1983 de 27 de abril), que debiera valer para los Magistrados Suplentes.

En definitiva podemos decir que la predeterminación legal del juez recogida en nuestra carta magna implica, como señala ORMAZABAL SÁNCHEZ¹¹⁵⁸, los siguientes aspectos: a) Predeterminación del órgano judicial. Prohibición de Tribunales de Excepción b) Predeterminación legal de la demarcación y planta de los órganos judiciales c) Predeterminación de la composición personal del órgano judicial y d) Predeterminación de la competencia y de los criterios de reparto.

11.2. Predeterminación del órgano judicial y de la demarcación y planta de los órganos judiciales.

Respecto de la predeterminación del órgano judicial, hemos de señalar que la exigencia de predeterminación legal se basa en la necesidad de que el órgano judicial que deba conocer del caso haya sido creado por ley con anterioridad a la producción de

¹¹⁵⁷ En opinión de DE LA OLIVA, “la virtualidad de la recusación se relaciona íntimamente con la efectividad del derecho fundamental a un proceso “con todas las garantías” (art. 24.2 CE) que comprende la de ver los asuntos juzgados por jueces imparciales, y no con el derecho fundamental al juez predeterminado por la ley. Que uno o varios jueces sean recusables no significa que no sean los jueces legalmente predeterminados, los que deben juzgar un caso concreto según las reglas legales de jurisdicción, competencia en sus diversas, clases, sustitución, modo de integración de los órganos colegiados, etc. (quizá incluso las normas de reparto: cfr. ATC 652/1986, de 23 de julio). Lo que hace que el juez recusable no deba juzgar no es que se hayan infringido normas de predeterminación legal de la atribución de los asuntos a los diversos órganos jurisdiccionales e incluso a los diferentes posibles integrantes de éstos. Uno o varios jueces, una vez que, por la predeterminación legal, reciben un concreto asunto, pueden ser recusables al concurrir circunstancias de simple riesgo de parcialidad. Según el ATC 265/1988, la abstención y la recusación se incluyen en el derecho a ser juzgado sin que se produzca indefensión”. DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGA TORRES, J.: *Derecho Procesal. Introducción*. Op. Cit. pág. 309.

¹¹⁵⁸ ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2002, pág. 36-38.

los hechos que motivan el proceso. Recordemos que la creación de órganos judiciales sólo puede tener lugar mediante ley, que precisamente ha de ser ley orgánica, la ley orgánica del Poder judicial¹¹⁵⁹ (art. 2.1 y 3.1 LOPJ), y asimismo queda excluida la creación del órgano jurisdiccional por delegación legislativa (Art. 82.1 CE) y por decreto- ley (art. 86.1 CE). Recordemos que el Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley exige fundamentalmente que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la resolución o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional. Y asimismo esta garantía no supone el derecho a un Juez determinado en concreto, ni excluye en principio la posibilidad de establecer reglas especiales de competencia (STC 55/90 de 28 de marzo)¹¹⁶⁰.

Por otro lado la predeterminación legal de los órganos judiciales implica también la prohibición de Tribunales de Excepción, es decir, Tribunales creados ex post y ad hoc, la creación de Tribunales para conocer de los hechos una vez acontecidos éstos¹¹⁶¹. Esta prohibición no sólo la podemos deducir de lo dispuesto en el art. 24.2 CE, sino que también se recoge de forma expresa en el art. 117.6 CE. Asimismo esta clase de Tribunales no es admisible ni siquiera durante los estados de alarma, excepción o sitio previstos por el art. 116 CE¹¹⁶².

Llegado este punto y en cuanto a la prohibición de los tribunales de excepción, hemos de traer aquí las reflexiones que sobre algunos supuestos concretos realiza MONTERO AROCA¹¹⁶³ para comprobar la virtualidad práctica del principio del juez ordinario predeterminado por la ley. En este sentido este autor distingue dos casos, el de juez instructor especial (Art. 304 LECRIM)¹¹⁶⁴, y el de las Salas especiales de

¹¹⁵⁹ Cuando aquí hacemos referencia a la creación de órganos judiciales estamos hablando del establecimiento de tipos o clases de órganos judiciales, no de la creación de órganos de una cierta clase, una vez establecida por ley aquella clase, por ejemplo no nos referimos a crea nuevos Juzgados de primera instancia en una determinada circunscripción.

¹¹⁶⁰ Reafirmando el criterio de que la determinación del juez en cada caso concreto, es la ley en sentido estricto, y no un Decreto Ley ni las disposiciones emanadas del ejecutivo. En este sentido podemos ver la STC Pleno 95/1988 de 26 de mayo que declara inconstitucional un inciso de un Decreto Ley postconstitucional que contenía una determinación de competencia.

¹¹⁶¹ Como es el caso de los Tribunales que se crearon para conocer de los célebre Juicios de Nürenberg una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial.

¹¹⁶² Nos dice MONTERO AROCA, que “De lo anterior resulta que los constituyentes en ningún momento pensaron establecer excepciones reales a la prohibición de estos tribunales, sino simplemente permitir la ampliación de la competencia de los tribunales especiales militares cuando se declarase el estado de sitio. Comprobación de ello encontramos a posteriori en la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, desarrollo del art. 116 de la Constitución. En el art. 35 de aquélla se dice que en la declaración del estado de sitio el Congreso podrá determinar lo delitos que durante su vigencia quedan sometidos la jurisdicción militar”. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, 12ª Edición, Valencia 2003, Op. Cit. pág. 90.

¹¹⁶³ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Op. Cit., pág. 89.

¹¹⁶⁴ El artículo 304 de la L.E.Criminal, dispone que “Las Salas de gobierno de las Audiencias territoriales podrán nombrar también un Juez instructor especial cuando las causas versen sobre delitos cuyas extraordinarias circunstancias, o las del lugar y tiempo de su ejecución, o de las personas que en ellos

conflictos. Respecto del primer caso, señala como la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, atendidas las circunstancias del art. 304 LECr, podría nombrar como juez instructor especial a cualquier juez del territorio, con preferencia para los magistrados del propio Tribunal, y lo mismo podrían hacer la Sala de Gobierno del TS por las mismas circunstancias, cuando las causas excedan del territorio de un Tribunal Superior, e incluso, “en aquellos casos en que las circunstancias lo estimaren conveniente” podría nombrar como juez instructor especial a cualquier juez o magistrado en servicio activo. Estas normas indica MONTERO AROCA “no pueden ser sino inconstitucionales, en cuanto dejan a la discrecionalidad de un órgano administrativo la designación de un juez concreto para un caso determinado, con lo que desaparece la predeterminación. El que además sean inútiles es otra cosa, que se añade para no estimarlas en vigor”.

Por lo que se refiere a las Salas especiales de conflictos, recordemos que la LOPJ regula tres, la Sala de Conflictos de Jurisdicción entre los Tribunales y la Administración (Art. 38 LOPJ), la Sala de Conflictos entre los tribunales ordinarios y los militares (art. 39 LOPJ) y la Sala de Conflictos de Competencia entre los Tribunales Ordinarios de distinto orden jurisdiccional (art. 42), cuyos integrantes son designados cada año y de forma discrecional por órganos administrativos (Consejo General del Poder Judicial, Consejo de Estado y Sala de Gobierno del Tribunal Supremo), habiendo sido más adecuado en nuestra opinión establecer un sistema objetivo de nombramiento.

Por lo que se refiere a la predeterminación legal de la demarcación y planta de los órganos judiciales, hemos de decir que es fundamental para la predeterminación legal de los juzgadores. Por cuanto que si la concreción de la demarcación de un determinado tribunal pudiera ser determinada y modificada por decisiones que no revistiesen la forma de ley, también se vería infringido el art. 24.2 CE. Por ello la primera determinación en esta materia la lleva a cabo la LOPJ describiendo de forma genérica las demarcaciones judiciales que corresponden a cada tipo de órgano judicial, y la ley 38/1988 de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial (LDyPJ) lleva a cabo la concreción definitiva estableciendo los concretos municipios que forman parte de un

hubiesen intervenido como ofensores u ofendidos, motivaren fundadamente el nombramiento de aquél para la más acertada investigación o para la más segura comprobación de los hechos.

Las facultades de las Salas de gobierno serán extensivas a las causas procedentes de las Audiencias comprendidas dentro de su demarcación, y los nombramientos deberán recaer en los mismos funcionarios expresados en el artículo anterior de entre los existentes en el territorio, prefiriendo, a ser posible, uno de los Magistrados de la misma, cuando no fuere autorizado el Juez instructor ordinario para el seguimiento del sumario.

Lo mismo las Salas de gobierno que los Tribunales, cuando hagan uso de la facultad expresada en éste y en el precedente artículo, darán cuenta motivada al Ministerio de Gracia y Justicia (hoy de Justicia).

Igual facultad tendrá la Sala de gobierno del Tribunal Supremo para designar cuando proceda Juez especial que conozca de delito o delitos cometidos en lugares pertenecientes a la jurisdicción de más de una Audiencia territorial o en aquellos casos en que por las circunstancias del hecho lo estimare conveniente la mencionada Sala, debiendo recaer el nombramiento en cualquier funcionario del servicio activo de la carrera judicial.

La competencia para la respectiva Audiencia a que deba el proceso ser sometido después de concluido el sumario, se atribuirá por las reglas del artículo 18 de esta Ley.”

determinado partido judicial y ciertos casos especiales (art. 1.2, 3, 4 y 5 LDyPJ). La LDyPJ establece los criterios que rigen en la determinación de la planta, el número de juzgados que han de implantarse en cada demarcación judicial, el número de Secciones de las Salas y el número de Magistrados de las Salas y Secciones. En todo caso el Gobierno puede crear nuevos Juzgado en una Demarcación y Secciones de un Tribunal o Sala (art. 36 LOPJ y 20 LDyPJ), siempre y cuando no implique apartar una sección o juzgado del asunto del que actualmente conocía.

11.3. Predeterminación de la composición personal del órgano judicial.

Por lo que respecta a la predeterminación de la composición personal del órgano judicial, la misma es necesaria para hacer valer lo dispuesto en el art. 24.2 de la CE y para que no sean inútiles tanto la predeterminación legal del órgano judicial, como la predeterminación legal de la demarcación y planta¹¹⁶⁵, que como es obvio se verían sin sentido si alguien pudiera determinar discrecional o libremente cuáles han de ser las personas o personas concretas que integrarán el Juzgado o Tribunal¹¹⁶⁶. En este sentido la inamovilidad, así como el establecimiento y regulación por ley de los sistemas de acceso, promoción y provisión de plazas en la carrera judicial son elementos clave para evitar determinaciones o designaciones arbitrarias o interesadas, como ya pusimos de manifiesto en la primera parte de este trabajo.

En la materia que nos ocupa, el legislador ha prestado especial atención a:

- Composición de las Secciones de las Salas: la determina el Presidente de la Sala, según los criterios aprobados anualmente por la Sala de Gobierno del Tribunal (arts 198.1 y 160.10 LOPJ)¹¹⁶⁷.
- Los Magistrados suplentes: tienen que ser llamados para formar Sala según un determinado orden (Art. 200.1 LOPJ)¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁵ Como señala DIEZ-PICAZO, L.M., *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 70, “La predeterminación del Juez, sin embargo, no se agota en la competencia como presupuesto procesal –esto es, en que deba ser cierto órgano judicial, y no otro, el que conozca de cada asunto- sino que abarca también la composición del órgano mismo. O sea, el mecanismo de designación de su titular o sus titulares”.

¹¹⁶⁶ Vid en este sentido la STC 101/1984 que analizaba el caso en que unas Salas de Gobierno eran apoderadas por un Decreto Ley (preconstitucional y por tanto equivalente a una ley) para designar jueces especiales. Este apoderamiento era contrario al derecho fundamental del juez ordinario predeterminado por la ley, por cuanto que esta formulado sin fijar criterios precisos de determinación competencial.

¹¹⁶⁷ El art. 198.1 de la LOPJ, dispone que “La composición de las secciones se determinará por el presidente según los criterios aprobados anualmente por la Sala de Gobierno, a propuesta de aquél”.

Por su parte el art. 160.10 de la LOPJ señala que los presidentes –de los Tribunales y Audiencias- tendrán la función de “presidir diariamente la reunión de los Presidentes de Salas y Magistrados y cuidar de la composición de las Salas y Secciones conforme al art. 198 de esta Ley.”

¹¹⁶⁸ Establece el art. 200.1 LOPJ que “Podrá haber en el Tribunal Supremo, en la Audiencia Nacional, en los Tribunales Superiores de Justicia y en las Audiencias Provinciales una relación de magistrados suplentes que serán llamados, por su orden dentro del orden u órdenes jurisdiccionales para los que hubieren sido nombrados, a formar las Salas en los casos en que por circunstancias imprevistas y excepcionales no puedan constituirse aquéllas, salvo cuando actúen en régimen de adscripción como medida de refuerzo conforme a lo previsto en esta Ley. Nunca podrá concurrir a formar sala más de un magistrado suplente”.

- Sustituciones, prórrogas de jurisdicción y comisiones de servicios: los arts. 207 y ss LOPJ establecen ciertos sistemas de carácter objetivo.
- Al nombramiento de los jueces de provisión temporal que está totalmente reglado, art. 428 y ss LOPJ, y que ya no existen. (Recordemos que la DA 4ª de la LO 16/1994 de 8 de noviembre, estableció un plazo de cinco años desde la entrada en vigor de esta Ley, a partir de cuyo momento las vacantes que no puedan cubrirse por jueces titulares deberán ser provistas, exclusivamente en la forma establecida por el apartado 2 del art. 212 LOPJ – es decir por jueces sustitutos, teniendo preferencia en las tareas de sustitución los jueces adjuntos y los jueces que estén desarrollando prácticas tuteladas-).

11.3.1. Especial atención a las sustituciones.

El legislador es claro cuando en el art. 298.1 de la LOPJ dispone que las funciones jurisdiccionales se ejercerán únicamente por jueces y magistrados profesionales, que forman la Carrera Judicial, y sólo excepcionalmente pueden acceder al ejercicio de esas funciones jueces que no sean de Carrera¹¹⁶⁹.

Especial atención merecen las sustituciones. Efectivamente, abstenciones, recusaciones, licencias, permisos, vacantes y algunas situaciones administrativas hacen necesario acudir a jueces y magistrados que no son titulares del juzgado, Sala o Sección para cubrir los vacíos originados en éstos. Pero dicho esto no hemos de olvidar que los magistrados suplentes y jueces sustitutos ejercen funciones jurisdiccionales sin pertenecer a la Carrera Judicial, sin carácter de profesionalidad y con inamovilidad temporal¹¹⁷⁰.

Son los artículos 200 y 201 de la LOPJ los que regulan los suplentes, y el artículo 216 LOPJ que prevé las comisiones de servicio, contienen las normas relativas a las sustituciones de los magistrados en órganos colegiados, que han de ser completadas con las que de conformidad con el artículo 110.2.k dicte el Consejo General del Poder Judicial, y, según previene el art. 152.1.2 fijan las Salas de Gobierno. Todas estas reglas son aplicadas de forma coordinada, conforme a los artículos 152.1.4º y 5º, 160.10, 165, 198 y 199 de la LOPJ, por las Salas de Gobierno y los presidentes (para cuyas sustituciones comprenden normas especiales los artículos 208 y 209 LOPJ). Los artículos 210, 211, 212, 214, 215, y 216 de la LOPJ contienen reglas que afectan a las sustituciones en los órganos unipersonales¹¹⁷¹ y que cabe estructurar en la siguiente sistemática:

- a) El recurso principal es que un juez (o con categoría de magistrado, según los casos) se hace cargo, de conformidad con los criterios preestablecidos por la

¹¹⁶⁹ Como ya hemos referido anteriormente la importante misión de juzgar que la Constitución reserva exclusivamente a Jueces y Magistrados, en el artículo 117.1 requiere de un modelo de Juez profesional y altamente cualificado, respecto del cual, además exista la garantía de la inamovilidad. Es por ello que el acceso a la Carrera Judicial, además de un riguroso proceso selectivo, requiere completar una formación inicial en materias jurídicas y no jurídicas y el desarrollo de programas de formación continuada que permitan profundizar en materias concretas y ampliar conocimientos dirigidos hacia la especialización.

¹¹⁷⁰ Vid. art. 298.2 LOPJ.

¹¹⁷¹ Con excepción de los Juzgados de Paz, a los que se dedica el art. 213 de la LOPJ.

- ley o por la Sala de Gobierno, de otro juzgado, además de aquél en que es titular y que tiene su sede en la misma población. Preferentemente la sustitución se lleva a cabo entre Jueces que sirven órganos del mismo orden.
- b) Como primer recurso subsidiario, se acude a jueces adjuntos y jueces en prácticas.
 - c) Como segundo recurso subsidiario, se acude al juez sustituto.
 - d) Como tercer recurso subsidiario, se acude a la prórroga de la jurisdicción de otro juez por la Sala de Gobierno, con aprobación del CGPJ. Ese juez, como sabemos es titular de otro juzgado con distinta sede. Asimismo hay que tener en cuenta que en determinadas condiciones este recurso tiene prioridad frente al anterior.
 - e) Como alternativa a los recursos que hemos mencionado anteriormente, se puede acudir a la comisión de servicio por el CGPJ¹¹⁷².
 - f) Por último y como recurso específico se dispone de lo dispuesto en el art. 118 de la LOPJ¹¹⁷³.

Como vemos la regla general es, por lo tanto que un Juez de Carrera se haga cargo de la sustitución, bien en calidad de juez titular o de juez adjunto, pues atendiendo a lo dispuesto en el art. 212 de la LOPJ, en todo caso tendrán preferencia para las tareas de sustitución los jueces adjuntos conforme al art. 308.2 de la LOPJ y los jueces que estén desarrollando prácticas tuteladas conforme al art. 307.1 LOPJ. Asimismo el artículo 308.2 de la LOPJ reitera de nuevo el que los jueces adjuntos tendrán preferencia sobre los jueces sustitutos en cualquier llamamiento para el ejercicio de las funciones judiciales¹¹⁷⁴. Sin duda alguna el modelo de juez profesional que el legislador ha diseñado quedaría sin sentido, si se generaliza el recurso a jueces sustitutos y magistrados suplentes más allá de los supuestos excepcionales en los que un juez, que no es de Carrera, puede ser llamado al ejercicio de funciones jurisdiccionales¹¹⁷⁵. Es por ello que el llamamiento a jueces sustitutos y magistrados suplentes se ha de regir por los

¹¹⁷² También como otra alternativa a los recursos mencionados, y para supuestos de vacantes que no resulten cubiertas en los concursos, lo fue en su momento el nombramiento de jueces en provisión temporal (art. 428 LOPJ), pero hemos de volver a recordar que la Disposición Adicional 4ª de la LO 16/1994 de 8 de noviembre estableció un período de cinco años desde la entrada en vigor de esta Ley, a partir de cuyo momento las vacantes que no puedan cubrirse por jueces titulares deberán ser provistas exclusivamente en la forma establecida por el apartado 2 del art. 212 de la LOPJ.

¹¹⁷³ El art. 118.1 de la LOPJ prevé que “Los destinos cuyos titulares se encuentran en situación que lleve consigo el derecho de reserva de plaza por ocupar un cargo de duración determinada y dotado de inamovilidad se podrán cubrir, incluso con las promociones pertinentes, para el tiempo que permanezcan los titulares en la referida situación, a través de los mecanismos ordinarios de provisión”.

¹¹⁷⁴ Tengamos en cuenta que los jueces adjuntos son jueces de Carrera y los jueces en prácticas han acreditado objetivamente su idoneidad con la superación de la prueba de oposición, y están llamados a acceder en futuro inmediato a la Carrera con carácter de profesionalidad.

¹¹⁷⁵ Fue por ello que el Libro Blanco de la Justicia en primer lugar, y posteriormente un Acuerdo del CGPJ de 24 de abril de 2002, que acometió el “Estudio global sobre la situación actual de los jueces sustitutos y magistrados suplentes, y sus diversas implicaciones”, se plantearon la necesidad de racionalizar las prácticas gubernativas actuales en materia de llamamiento a la denominada “justicia interina”, y como consecuencia de estos objetivos, el Pleno del CGPJ aprobó la Instrucción 1/2003, de 15 de enero, sobre régimen de sustituciones, magistrados suplentes y jueces sustitutos. Asimismo la reforma de la LO 19/2003 ha introducido de forma expresa en el artículo 110 de la LOPJ el apartado k), como materia reglamentaria el régimen de sustituciones de magistrados suplentes, jueces sustitutos y jueces de Paz.

principios de excepcionalidad y subsidiariedad. Por ello, sólo ejercerán funciones jurisdiccionales cuando sean llamados o adscritos, y como dispone la ley, integrarán Sala los magistrados suplentes sólo en el caso de que por circunstancias imprevistas y excepcionales no puedan constituirse con los titulares¹¹⁷⁶, y el juez sustituto ejercerá jurisdicción sólo cuando no sea posible la cobertura adecuada del órgano por medio de un titular a través del sistema de sustituciones ordinarias (art. 212 LOPJ).

La Instrucción 1/2003 de 15 de enero del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre régimen de sustituciones, magistrados suplentes y jueces sustitutos, ha establecido distintos criterios gubernativos para el llamamiento de jueces sustitutos y magistrados suplentes, así ha dispuesto que:

- En sustituciones de corta duración¹¹⁷⁷ deben agotarse las posibilidades de sustitución entre titulares de acuerdo con los artículos 210 y 211 de la LOPJ.
- En sustituciones de larga duración¹¹⁷⁸ se atenderá a la preferencia otorgada por el art. 308 de la LOPJ a los jueces en expectativa de destino, y subsidiariamente se proveerán en comisión de servicio sin relevación de funciones ofrecida a los jueces titulares del territorio.
- Debe acudirse incluso a la prórroga de jurisdicción, integrando el supuesto previsto en el art. 214 de la LOPJ de que “resultare aconsejable para el mejor despacho de los asuntos, atendida la escasa carga de trabajo de un Juzgado de otra localidad del mismo grado y orden del que deba ser sustituido”, conforme a los módulos de entrada de los juzgados llamados a sustituirse por vía de prórroga de jurisdicción. Cuando estos módulos no excedan de los aprobados por el Consejo General del Poder Judicial, puede presumirse que se podrá asumir la sustitución por el espacio de tiempo de la licencia o permiso.

Para hacer viables estas posibilidades de sustitución entre titulares y evitar en lo posible el llamamiento de jueces sustitutos, la Instrucción recomienda la previa planificación de actuaciones judiciales, y la previsión anticipada de ausencia del titular, evitando de este modo que el juez, cuya necesidad de sustitución sea previsible, pueda condicionar el llamamiento forzoso del juez sustituto cuando previendo su ausencia señale actuaciones para la fecha de su sustitución. En este caso, el órgano competente para conceder la licencia o permiso podrá denegarlo invocando necesidades del servicio cuando en el juzgado o tribunal del peticionario se hayan establecido para esos días señalamientos, vistas o la asignación de ponencias.

En definitiva hemos de concluir que el llamamiento al juez sustituto o magistrado suplente, debe ser excepcional, y sólo para el caso de imposible sustitución entre titulares, e incluso tras agotar las posibilidades que ofrece la ley de llamar a jueces adjuntos y jueces en prácticas, en cualquier caso jueces profesionales; y una vez llamados, los jueces sustitutos y magistrados suplentes desarrollarán sus funciones de forma ocasional, por lo que la actuación continuada o permanente sólo será posible al

¹¹⁷⁶ Art. 200.1 LOPJ.

¹¹⁷⁷ Se entiende corta duración; permisos de tres días, licencias de hasta quince días, bajas por enfermedad de hasta cinco días, etc.

¹¹⁷⁸ Se entiende larga duración; vacantes por la creación de plaza, vacación anual de un mes fuera del mes de agosto, licencias por parto, por estudios superiores a quince días, etc.

amparo de un plan de refuerzo debidamente motivado¹¹⁷⁹. Y en cualquier caso, el nombramiento de magistrados suplentes y jueces sustitutos debe recaer en persona idónea en quién concurren méritos suficientes para el ejercicio de funciones jurisdiccionales, aunque sea en forma esporádica, por lo que la propuesta de la persona que haya de asumir este cometido debe resultar asimismo motivada¹¹⁸⁰.

Hasta aquí todo lo referido respecto de las sustituciones en cuanto a la predeterminación personal del órgano judicial, pero tampoco hemos de olvidar que para esta predeterminación hay que considerar también los sistemas de nombramiento, traslado y ascenso de los jueces y magistrados, a los que nos hemos referido en su apartado correspondiente.

La predeterminación que nos ocupa, llega al extremo de, como nos recuerda MONTERO AROCA¹¹⁸¹, exigirse la existencia de normas de asignación de ponencias a los magistrados, normas que han de ser aprobadas anualmente por las Salas de Gobierno (art. 152.1.2º) y con base en las cuales se hará la designación de magistrado ponente, lo que se notificará a las partes (art. 203 LOPJ).

En definitiva cuando se ha atribuido un asunto, en cualquier orden jurisdiccional a un concreto juez, o a las personas de los Magistrados (en órganos jurisdiccionales colegiados) en aplicación a ese asunto de los criterios legales sobre jurisdicción, competencia (objetiva, territorial y funcional) y de las normas de reparto, constituye una violación del derecho fundamental predeterminado por la ley atribuir el conocimiento a otro juez, o a otro colegio de Magistrados (órgano jurisdiccional colegiado), en todo o en parte, sin apoyo legal claro y sin conformidad a razonables criterios concretos, contenidos en una norma legal¹¹⁸². Como señala DE LA OLIVA, “cabe sostener que los detalles últimos que conducen a la determinación del juez-persona o tienen que contenerse necesariamente en normas positivas con rango formal de ley. Pero nadie se atreve a afirmar que no es necesario que exista una ley formal en la que se establezca el

¹¹⁷⁹ En este supuesto, la instrucción 1/2003 del Pleno del CGPJ propone que estos planes de refuerzo se desarrollen por magistrados eméritos por razón de su experiencia.

¹¹⁸⁰ Vid respecto de la motivación de la propuesta de jueces sustitutos y magistrados suplentes las STS Ca de 18 de enero de 2000 (RJ 2000\1226) y de 29 de febrero de 2000 (RJ 2000\3166).

¹¹⁸¹ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Op. Cit., pág. 86.

¹¹⁸² Vid en el mismo sentido a DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 104, que concretamente refiere que “Tal garantía del Juez legal exige la predeterminación del órgano jurisdiccional en el sentido concreto del término, esto es, no sólo el Juzgado o Tribunal, sino también, dentro de este último, la Sala o Sección que ha de conocer del asunto, lo que significa que dentro de la predeterminación legal del Juez entran tanto las normas de competencia cuanto las de reparto de asuntos entre los diversos Juzgados, cuando sean varios en un partido, y entre las diversas salas de una misma Audiencia o Tribunal. Pero el derecho al Juez legal exige también la predeterminación del titular mismo del órgano conforme a las reglas generales. De este modo la predeterminación legal del Juez no significa tan sólo una exigencia relativa al órgano jurisdiccional competente, que se vulneraría atribuyendo a un Juzgado o a una Sala un asunto propio de otro, sino que exige también el que resulte de reglas generales, sin que quepa apartarse de ellas para un caso, por ejemplo alterando las reglas de formación de la Sala. Este segundo aspecto está indudablemente aludido en la expresión –predeterminado por la ley, distinta de –competente-, en resumen, por tanto, el derecho al juez predeterminado por la ley implica: a) la predeterminación del Juzgado o Tribunal, b) la predeterminación dentro de este último del órgano jurisdiccional propiamente dicho –Sala o Sección- y c) la predeterminación del titular o titulares de órgano”.

procedimiento para integrar un órgano jurisdiccional con determinados jueces-personas y los criterios que han de seguirse para designar a éstos y atribuirles funciones”¹¹⁸³, y como hace constar este autor, para determinadas figuras e institutos, no existe esa necesaria base legal, por ejemplo para los Jueces o Magistrados “de apoyo”.

11.3.2. De las medidas de refuerzo y de apoyo.

La LO 16/1994, introdujo en el Título II (“Del modo de constituirse los Juzgados y Tribunales”), del Libro III (“Del régimen de los Juzgados y Tribunales”) de la LOPJ un nuevo “Capítulo IV bis”, titulado “de las medidas de refuerzo en la titularidad de los órganos judiciales”, y que consta de los arts. 216 bis a 216 bis 4, pretendiendo dar cobertura legal a los “apoyos” a lo que nos acabamos de referir anteriormente y que carecían de sustento en norma con rango formal de Ley. Con estos preceptos pretende el legislador dar carácter legal a la regulación sobre la materia, y justificando la existencia de tales medidas en el derecho a la tutela judicial efectiva, que requiere atender sin demora a necesidades que desborden los recursos preexistente. Nos parece esta sin duda una pobre argumentación.

Ciertamente la situación anterior a la LO 16/1994 era insostenible por cuanto el nombramiento de los Jueces y Magistrados “de apoyo” se nombraban sin suficiente respaldo legal, puesto que la comisión de servicios (Arts. 216 y 350 LOPJ) no lo era, y por tanto podían lesionar el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley. De esta forma era normal que se nombraran juez o magistrados de apoyo para resolver asuntos que debieran de ser resueltos por el Juez o Magistrado titular del órgano jurisdiccional en aplicación de la ley, de esta forma era el juzgador “de apoyo” el que conocía y decide un asunto pero no por una ley, sino por una decisión de un órgano gubernativo que no estaba apoyada en la ley. La violación era mucho más latente si el juzgador de “apoyo” se ocupa de asuntos que estén pendientes de resolución en el órgano jurisdiccional con anterioridad a que empiece su apoyo.

Dice el art. 216 bis.1 LOPJ “Cuando el excepcional retraso o la acumulación de asuntos en determinado juzgado o tribunal no puedan ser corregidos mediante el reforzamiento de la plantilla de la Oficina Judicial o la exención temporal de reparto prevista en el artículo 167.1, podrá el Consejo General del Poder Judicial acordar excepcionales medidas de apoyo judicial consistentes en la adscripción, en calidad de jueces sustitutos o jueces de apoyo, de los jueces en prácticas que se refiere el artículo 307.1, en el otorgamiento de comisiones de servicio a jueces y magistrados o en la adscripción de jueces sustitutos o magistrados suplentes, para que participen con los titulares de dichos órganos en la tramitación y resolución de asuntos que no estuvieran pendientes.

Si la causa del retraso tuviera carácter estructural, el Consejo General del Poder Judicial, junto con la adopción de las referidas medidas provisionales, formulará las oportunas propuestas al Ministerio de Justicia o a las Comunidades autónomas con competencias en la materia, en orden a la adecuación de la plantilla del juzgado o tribunal afectado o a la corrección de la demarcación o planta que proceda”.

¹¹⁸³ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGA TORRES, J.: *Derecho Procesal. Introducción*. Op. Cit. Pág. 315.

Por su parte el precepto 216 bis 2 señala que son las Salas de Gobierno las que han de elevar al Consejo General del Poder Judicial las propuestas de medidas de apoyo judicial debiendo de contener estas propuestas los siguientes elementos;

- Explicación sucinta de la situación por la que atraviesa el órgano jurisdiccional de que se trate.(art. 216 bis 2.1º LOPJ)
- Expresión razonada de las causas que hayan originado el retraso y la acumulación de asuntos.(art. 216 bis 2.2º LOPJ)
- Reseña del volumen de trabajo del órgano jurisdiccional y del número y clase de asuntos pendientes. (art. 216 bis 2.3º LOPJ)
- Plan de actuación del juzgado o tribunal con indicación de su extensión temporal y del proyecto de ordenación de la concreta función del juez o equipo de apoyo, cuyo cometido, con plena jurisdicción, se proyectará en el trámite y resolución de los asuntos de nuevo ingreso o pendientes de señalamiento, quedando reservados al titular o titulares del órgano los asuntos en tramitación que no hubieren alcanzado aquel estado procesal. (art. 216 bis 2.4º LOPJ)

Como vemos, ahora sí, el legislador intenta dotar de un procedimiento, de un sistema de habilitación legal habilitante para designar Jueces o Magistrados de apoyo, durante un determinado periodo de tiempo, y estableciendo las atribuciones de éstos y las del Juez o Magistrado titular. Así pues, el CGPJ que ha de decidir como las Salas de Gobierno que son los órganos proponentes de las medidas de “apoyo judicial” disponen ahora de una base legal para este cometido¹¹⁸⁴.

Ahora bien, en opinión de DE LA OLIVA SANTOS¹¹⁸⁵, se dan muchos aspectos defectuosos que permitirían los cambios de juez, y por lo tanto se vería afectado el derecho fundamental al juez legalmente predeterminado, en este sentido comenta, que no sería de aplicación algunos de los criterios de reparto de trabajo contenidos en el mencionado apartado 4º del art. 216 bis 2 LOPJ, puesto que cuando se atribuye al juez de apoyo asuntos “pendientes de señalamiento” –frente a los “asuntos en tramitación que no hubieren alcanzado aquel estado procesal”, nos encontramos con el problema de que el término y el concepto de “señalamiento” no tiene un sentido claro y unívoco que convenga, como debería a los procesos que se sigan en todos los órdenes jurisdiccionales. Ello permitirá al órgano gubernativo situarse en una posición en la que la norma le apodera discrecionalmente para cambiar el Juez que conoce de un proceso¹¹⁸⁶, afectando naturalmente ello al juez ordinario predeterminado por la ley. El cambio de Juez ha de obedecer a un criterio racional que garantice la independencia y la

¹¹⁸⁴ Esta es la cuestión que reclamaba DE OTTO, cuando señalaba que era preciso para el tratamiento de estas excepcionalidades o casos excepcionales que la norma no contuviera una apoderamiento discrecional, sino que se fijaran con precisión las pautas o criterios que permitan tratar un caso como excepción, haciendo cognoscible de antemano tal posibilidad. Vid DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Op. Cit. pág. 105.

¹¹⁸⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGA TORRES, J.,: *Derecho Procesal. Introducción*. 2ª Edición, Ed. Ramón Areces, Madrid 2001. Op. Cit. Pág. 319.

¹¹⁸⁶ “Señalamiento” no significa nada con una mínima certeza y seguridad y por tanto, permite incluso la arbitrariedad del órgano gubernativo.

Y si se trata de “apoyo judicial” en Juzgado de Instrucción, el término y el concepto de “señalamiento” resultan inservibles pues en la fase de instrucción no hay un “señalamiento” identificable como el punto de referencia normativo.

imparcialidad, que evite el peligro de condicionamiento y manipulación. Y el que se pueda producir el cambio de juez fundamentando la decisión con arreglo a unas normas legales en las que uno de sus elementos determinantes o permisivos del cambio de juez – la referencia al “señalamiento”- no presenta la debida racionalidad, es decir encontrarse los procesos en un estadio procedimental determinado por la referencia al señalamiento no constituye elemento racionalmente justificativo del cambio de juez.

Por otro lado los mencionados criterios del punto 4º del art. 216 bis 2 LOPJ, no serían de aplicación cuando se acuerde “la renovación” o “nueva aplicación” de la medida de apoyo judicial, conforme al art. 216. bis 4 LOPJ, si en la primera aplicación se asignaron al Juez de apoyo todos o parte de los asuntos nuevos, puesto que esos “asuntos nuevos” se habrán convertido en “asuntos pendientes” que si no han alcanzado el estado procesal de “señalamiento” habrán de ser atribuidos al Juez Titular, por lo que se vuelve a dar un cambio de Juez sin la justificación racional necesaria con base en una norma positiva con rango formal de ley, y por lo tanto afecta al derecho al juez predeterminado por la ley.

Continuando con las disposiciones normativas en las que el legislador intenta sistematizar un procedimiento para articular los nombramiento de apoyo, hemos de decir que el art. 216 bis 3 establece en su apartado 1 que Las Salas de Gobierno que proyecten el establecimiento de medidas de apoyo mediante Comisión de servicio habrán de dar adecuada publicidad a su propósito para que los jueces y magistrados que pudieran estar interesados en el nombramiento tengan oportunidad de deducir la correspondiente petición. Y por ello este precepto en su apartado 2 establece las circunstancias que habrán de ser valoradas por la Sala de Gobierno que corresponda a la hora de proponer un orden de preferencia entre los distintos peticionarios para el otorgamiento de la comisión de servicio. Estas circunstancias son:

- Pertenencia del juez o magistrado solicitante al mismo orden jurisdiccional en que esté integrado el juzgado o tribunal a reforzar.
- El lugar y distancia del destino del peticionario.
- La situación del órgano del que es titular.
- El conocimiento del derecho o de la lengua y el derecho sustantivo propios de la comunidad autónoma en que vaya a tener lugar la comisión.

Asimismo hemos de destacar como se establece un horizonte temporal para las comisiones de servicio y las adscripciones en régimen de apoyo de jueces y magistrados suplentes, siendo este de seis meses, que comienza a correr desde el momento de la incorporación de los designados a los juzgados o tribunales objeto de refuerzo. Si durante este plazo no se hubiere alcanzado la actualización pretendida, podrá proponerse la nueva aplicación de la medida por otro plazo igual o inferior si ello bastase a los fines de la normalización que se pretende. No obstante las propuestas de renovación se sujetarán a las mismas exigencias que las previstas para las medidas de apoyo judicial originarias (art. 216 bis. 4 LOPJ).

11.4. Predeterminación de la competencia y de los criterios de reparto.

Por último hemos de referirnos a la predeterminación de la competencia y de los criterios de reparto. Efectivamente una vez creados por ley orgánica los órganos judiciales y determinadas su demarcación y planta y su composición personal, ha de

existir un conjunto de normas preexistente a los hechos a enjuiciar que permitan determinar la competencia de los tribunales (por razón de la materia, objetiva, territorial y funcional), y el reparto de asuntos.

Hemos de decir con ORMAZABAL SÁNCHEZ¹¹⁸⁷, que las normas de reparto no son una cuestión menor, por cuanto que de ellas depende el cumplimiento de la exigencia constitucional de predeterminación de los juzgadores. Señala ese autor que estas normas han de tener carácter objetivo, en el sentido de ser idóneas para permitir la determinación del órgano judicial (Juzgado o Sección concreta), sin que esta determinación se haga depender de la decisión discrecional de nadie. Como ejemplo pone que unas normas de reparto que dejaran la determinación del juzgador o juzgadores a la discrecionalidad del Juez Decano de un Partido judicial o al Presidente de un tribunal resultarían contrarias a la exigencia constitucional de predeterminación, como también lo serían unas normas de reparto que distribuyeran los asuntos entre los juzgado del partido judicial o entre las secciones de una Audiencia Provincial o Sala atendiendo a criterios materiales¹¹⁸⁸. En el mismo sentido se puede ver a MONTERO AROCA¹¹⁸⁹, que dice que existiendo varios órganos de la misma categoría en la población han de existir normas objetivas de reparto; el reparto no precisa de ley formal, pero si de criterios objetivos no discrecionales. También podemos recabar aquí la postura de DE LA OLIVA¹¹⁹⁰, que señala que en su opinión ese reparto singular no es conforme a la reserva legal sobre estructura, composición y competencia o atribuciones de los tribunales, y a la vez tampoco sería respetuoso con el derecho a la predeterminación legal del juez, y por ello recuerda que no es conforme al derecho fundamental al juez legalmente predeterminado cualquier norma positiva, incluso una con rango formal de ley, que produzca un “apoderamiento discrecional” a una Sala de Gobierno, para que ésta, según su arbitrio, decida de qué conoce un órgano y de qué otro, pues, en expresión del propio TC “la indeterminación de la norma la vacía de contenido en cuanto norma competencial” (STC 101/1984)¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁷ ORMAZABAL SANCHEZ, G., *Introducción al Derecho Procesal*. Op. Cit., pág. 39 y 40.

¹¹⁸⁸ Por ejemplo, atribuyendo el conocimiento sobre los recursos contra acuerdos de corporaciones locales a una determinada sección de la Sala Contencioso-Administrativa de un Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma, pues en este caso se podrían crear de forma indirecta verdaderos Tribunales Especiales no previstos por la ley. Si a esto se le añade, que de acuerdo con los arts. 198.1 y 160.10 de la LOPJ, la distribución de los Magistrados en las Secciones de una Sala la realiza el Presidente del Tribunal (aunque siguiendo los criterios establecidos por la Sala de Gobierno del mismo Tribunal), el peligro de que se creen verdaderos Tribunales especiales por decisión gubernativa aumenta considerablemente.

¹¹⁸⁹ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Op. Cit., pág. 85. Vid. también del mismo autor., *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Op.Cit., pag. 143-144.

¹¹⁹⁰ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGA TORRES, J.,: *Derecho Procesal. Introducción*. 3ª Edición. Ed. Ramón Areces, Madrid, 2004. Op. Cit. Pág. 311 y 312.

Vid. También DIEZ-PICAZO, I., *El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley*, en Revista Española de Derecho Constitucional, 1991, número 32. pág. 84-85.

¹¹⁹¹ La habilitación legal para un reparto “especial”, sólo se da actualmente respecto de los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo- conforme al art. 17 de la LJCA de 1998, que atribuye a la Sala de Gobierno correspondiente proceder, cada dos años, a una “distribución de asuntos entre las diversas Salas de un mismo Tribunal, o entre las diversas Secciones de una misma Sala (...) teniendo en cuenta la naturaleza y homogeneidad de la materia que se refieren los recursos”.

En la LOPJ hay dos referencias a este reparto¹¹⁹², la primera la encontramos en el art. 152.1.1º, que señala entre las funciones de las Salas de Gobierno (del TS, de la AN, de los TSJ, y también cuando se trata de Secciones de las Audiencias Provinciales) la de aprobar las normas de reparto de asuntos entre las distintas Secciones de cada Sala. La segunda referencia la encontramos en el art. 167 LOPJ que señala en su apartado 1 que “Donde hubiere dos o más juzgados del mismo orden jurisdiccional, los asuntos se distribuirán entre ellos conforme a normas de reparto prefijadas. Las normas de reparto se aprobarán por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, a propuesta de la junta de jueces del respectivo orden jurisdiccional.....”, y asimismo dice en su apartado 2º que “El reparto se realizará bajo la supervisión del juez decano, asistido por un Secretario, y le corresponderá a aquél resolver con carácter gubernativo interno las cuestiones que se planteen y corregir las irregularidades que puedan producirse, adoptando las medidas necesarias y promoviendo, en su caso, la exigencia de las responsabilidades que proceda”.

La exigencia de predeterminación, naturalmente, no se opone a la especialización de los Tribunales. Sólo exige que se haga mediante ley con anterioridad al acaecimiento de los hechos que motivan el proceso. En este sentido el art. 98.1 LOPJ establece en relación a los Juzgados que el Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o más de ellos asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate.

Se habla mucho de reparto o distribución de asuntos, y no de competencia (objetiva en concreto), insistiendo en que estas decisiones de tipo gubernativo no inciden en el derecho fundamental del juez ordinario predeterminado por la ley, no obstante nosotros creemos que los criterios de atribución o distribución cualitativa de asuntos, por su materia, y no de distribución puramente cuantitativa entre órganos semejantes, o bien reducen la competencia objetiva (Cuando reparten los asuntos por su objetivo, en ámbito más limitado que el legal) o bien especializan a los tribunales, provocando que oficien sólo como civiles o penales, los que son, legalmente, civiles y penales.

¹¹⁹² Vid también art. 24 a 28 del Reglamento de los Aspectos Accesorios de las actuaciones judiciales de 07 de junio de 1995.

12. BREVE REFERENCIA AL ESTATUTO DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

12.1. Regulación.

El apartado primero del artículo 299 de la LOPJ, que señala que La Carrera Judicial consta de tres categorías; Magistrado del T.S, Magistrado y Juez, es el artículo originario, habiéndose incorporado posteriormente el apartado 2 y 3 por la LO 5/1997 de 4 de diciembre (BOE del 5), conformándose de esta forma un nuevo estatuto jurídico para los Magistrados del Tribunal Supremo.

Por lo que se refiere al acceso a Magistrado del TS también se realiza mediante designación libre del CGPJ¹¹⁹³ con arreglo a los siguientes criterios: de cada cinco plazas, una se reserva a los juristas de reconocido prestigio, tal y como se ha expuesto anteriormente, y las otras cuatro, se proveerán entre miembros de la Carrera Judicial con diez años, al menos de servicios en la categoría de Magistrado y no menos de quince en la Carrera (Art. 343 LOPJ), de las cuales dos, a su vez, se reservan a Magistrados que hayan accedido a esta categoría mediante pruebas selectivas y las otras dos plazas a quienes lo hagan por antigüedad en el escalafón (Art. 344 LOPJ).

El denominado “quinto turno”, esta muy asentado en el sistema judicial español, habiendo tenido una acogida generalmente buena en la carrera judicial por varias razones. En primer lugar, porque la selección de los Magistrados a través de esta vía, dado sobre todo el carácter del órgano al que deben prestar servicios, ha sido por lo común más cuidadosa que las anteriores, y han sido nombrados Magistrados del Tribunal Supremo juristas a los que se les reconocía una trayectoria profesional y, en algunas ocasiones, un prestigio indudable. En segundo lugar, se ha de tener en cuenta que la proporción de uno sobre cinco altera muy poco los equilibrios de poder en el seno de la Sala del Tribunal Supremo y todo lo más incluye nuevas sensibilidades en la forma y modo de impartir justicia en el más alto órgano jurisdiccional del poder Judicial.

Por otro lado prevé la Ley en el mencionado art. 343 LOPJ que la quinta plaza se proveerá entre abogados y juristas, “todos ellos de reconocida competencia”. Este reconocimiento de la competencia profesional, o si se quiere del prestigio profesional, lo ha de evaluar el CGPJ, teniendo también como límite que tales personas seleccionadas “hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años preferentemente en la rama del derecho correspondiente al orden jurisdiccional de la Sala para la que hubieran de ser designados” (Art. 345 LOPJ). Anteriormente se les exigían veinte años de experiencia, pero la clave del problema no estriba tanto ahí sino que se entiende por actividad profesional del candidato propuesto¹¹⁹⁴, y sobre todo,

¹¹⁹³ Lo que ha hecho que algún autor equipare el sistema de ascensos a Magistrados del Tribunal Supremo con el sistema de ascensos a generales y almirantes de distintos ejércitos, señalando que la carrera tradicional ha sido “triturada”. NIETO, A., *El desgobierno del Poder Judicial*, Ed. Trotta, Madrid 2004, pág. 73.

¹¹⁹⁴ Es decir si se computan todas sus actividades fueren del tipo que fueren.

como señala JIMENEZ ASENSIO¹¹⁹⁵, como se puede medir la reconocida competencia o el prestigio de una persona en relación con otras. En este sentido manifiesta este autor que el denominado quinto turno conlleva una carga de discrecionalidad en los nombramientos que lleva a cabo el CGPJ, que no sería problemática siempre y cuando dicho órgano razonara detalladamente el porqué de una determinada elección de un aspirante frente a otro¹¹⁹⁶.

Este sistema de quinto turno en la provisión de plazas en el Tribunal Supremo convive con los otros dos sistemas de provisión, puesto que de las otras cuatro vacantes existentes dos de ellas se cubrirán entre Magistrados especialistas (de lo contencioso administrativo o de lo social), o que hayan superado las pruebas selectivas (en los órdenes civil y penal), y las otras dos restantes entre miembros de la carrera judicial con diez años, al menos de servicios en la categoría de Magistrado y no menos de quince en la carrera.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2002 (RJ 2002\2943) (reiterando otras sentencias anteriores) indica que tras la reforma de la LOPJ llevada a efecto por la LO 5/1997, la regulación estatutaria de los Magistrados del Tribunal Supremo no es coincidente con la establecida con carácter general para los restantes miembros de la Carrera Judicial, sino que presenta diferencias que vienen a conformar lo que expresamente denominamos “estatuto especial”, el cual señala el Tribunal Supremo que se compone de tres elementos esenciales; la magistratura de ejercicio, un régimen especialmente riguroso de incompatibilidades y una modificación de sus retribuciones.

Con la reforma operada en la LOPJ, Los Magistrados del Tribunal Supremo, sin perjuicio de su pertenencia a la Carrera Judicial, tendrá el estatuto especial regulado en la mencionada Ley orgánica (art. 299.2 LOPJ), y asimismo sólo adquirirán la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo quienes efectivamente pasen a ejercer funciones jurisdiccionales como miembros de este Tribunal (art. 299.3 LOPJ).

Este Estatuto Especial de los Magistrados del Tribunal Supremo en opinión de MATEO LAGE¹¹⁹⁷ “pudiera resultar de dudosa constitucionalidad a la vista de lo dispuesto en el art. 122.1 de la Constitución, en la que se dice que los Jueces y Magistrados de Carrera formarán un Cuerpo único, lo que no parece compaginarse con el establecimiento de dicho estatuto, que representa una quiebra en la Carrera Judicial, en la que, hasta ahora, la condición de Magistrado del Tribunal Supremo constituía únicamente la categoría superior de la Carrera, estando sometidos estos Magistrados a la regulación general de Jueces y Magistrados”, además de otras cuestiones que destaca

¹¹⁹⁵ Vid. en este sentido a JIMENEZ ASENSIO, R., “El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio”, en “El Acceso a la función judicial. Estudio comparado”, Op. Cit., pág. 220.

¹¹⁹⁶ Sobre la forma de proponer los Magistrados del Tribunal Supremo (así como al resto de cargos de “libre designación” del CGPJ) se puede ver ANDRES IBAÑEZ, P. “Poder Judicial y Juez en el Estado Constitucional de Derecho. El sistema de Consejo”, La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho, CGPJ, Madrid, 1998, págs 28 y 29.

¹¹⁹⁷ MATEO LAGE, F., “El Estatuto Especial de los Magistrados del Tribunal Supremo y la Ley Orgánica 5/1997”, LA LEY, Diario 4672 de 16 de noviembre de 1998.Pag. 2119.

este autor como es en su opinión la sanción encubierta que supone la degradación de la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a la de Magistrado que se recoge en el art. 348 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Las situaciones en las que se pueden encontrar los Magistrados del Tribunal Supremo son las de Servicio activo, servicios especiales, excedencia voluntaria y suspensión de funciones (art. 348 LOPJ), pasando de la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a la de Magistrado al desempeñar cualesquiera otras actividades públicas o privadas con las únicas excepciones de que sea vocal del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, miembro de Altos Tribunales de Justicia internacionales, Fiscal General del Estado y Jefe del servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial (Art. 348 bis LOPJ).

Por la LO 19/2003, se ha suprimido el apartado tercero del art. 350 de la LOPJ, que señalaba que los Magistrados del Tribunal Supremo sólo podrán desempeñar fuera del mismo las funciones de Presidente de Tribunales de oposiciones a ingreso en la Carrera Judicial y de miembros de la Junta Electoral General, Presidente de la Mutuality General Judicial y miembro del órgano o Ente del Ministerio de Justicia destinado a la informatización y renovación tecnológica de la Administración de justicia¹¹⁹⁸. Por lo que hemos de entender actualmente que no existen limitaciones a las funciones que puede desarrollar el magistrado del T.S. fuera del mismo.

Podrán estar los Magistrados del Tribunal Supremo en situación de servicios especiales si fueran designados para los siguientes cargos, Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, Miembro de Altos Tribunales Internacionales de Justicia, Fiscal General del Estado, y Jefe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial (art. 352 LOPJ)¹¹⁹⁹, que como vemos son los supuestos que prevé el art. 348 bis LOPJ, en los que no se pierde la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo, salvo el supuesto de nombramiento para Fiscal General del Estado, que supone estar en servicio especial pero sin la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo.

Asimismo la nueva redacción dada al art. 357 de la LOPJ por la LO 19/2003 de 23 de diciembre, nos indica que cuando un Magistrado del Tribunal Supremo solicitara la excedencia voluntaria y le fuere la misma concedida, perderá su condición de Magistrado del Tribunal Supremo quedando integrado en la categoría de magistrado, salvo que se trate del supuesto previsto en el apartado d) y apartado e) del artículo 356 LOPJ.

El primero, el apartado d) se ocupa de la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos por un periodo no superior a tres años para atender a cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, por adopción, por acogimiento permanente o preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o desde la fecha de la resolución judicial o administrativa que lo acuerde, respectivamente. Los sucesivos hijos darán derecho a un nuevo periodo

¹¹⁹⁸ Este precepto derogado recordemos fue redactado por la Disposición Adicional 6ª de la LO 9/2000 de 22 de diciembre (BOE del 23) sobre medidas urgentes para la agilización de la administración de justicia.

¹¹⁹⁹ El apartado e) del art. 352 de la LOPJ, que se refiere al Jefe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial fue introducido por la Ley Orgánica 2/2004 de 28 de diciembre.

de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que viniera disfrutando. Cuando el padre y la madre trabajen, solo uno podrá ejercer este derecho.

Por su parte el apartado e) del artículo 356 de la LOPJ¹²⁰⁰ se ocupa de una excedencia, de duración no superior a tres años, para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. El periodo de excedencia será único por cada sujeto causante. Cuando un nuevo sujeto causante diera origen a una nueva excedencia, el inicio del periodo de la misma pondrá fin al que se viniera disfrutando.

Esta excedencia prevista en el apartado e) así como la prevista en el apartado d) constituye un derecho individual de los miembros de la Carrera Judicial. En caso de que dos de sus miembros generasen el derecho a disfrutarlas por el mismo sujeto causante, el Consejo General del Poder Judicial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con las necesidades y el funcionamiento de los servicios.

Llegado este punto, hemos de hacer también referencia al art. 360 bis de la LOPJ¹²⁰¹, que prevé de conformidad con su apartado primero que “Las juezas y magistrados víctimas de violencia de género tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia por razón de violencia sobre la mujer sin necesidad de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos. En esta situación administrativa se podrá permanecer un plazo máximo de tres años”.

Como vemos el precepto habla de juezas y magistrados, y no menciona expresamente a los magistrados del Tribunal Supremo, aunque hemos de entender que estas últimas también pueden acogerse a este precepto, pues de lo contrario las haría de peor condición. No obstante lo dicho, en el supuesto de acogerse los Magistrados del Tribunal Supremo a esta excedencia por razón de violencia sobre la mujer, y a tenor de lo dispuesto en el art. 357 de la LOPJ, quedarían integradas en situación de excedencia por violencia de género dentro de la categoría de magistrado, habida cuenta que esta excedencia no es una de las excepciones que prevé el art. 357 de la LOPJ para que los magistrados del Tribunal Supremo mantengan su condición, habiendo sido este artículo modificado por la Ley orgánica 3/2007 que fue la que introdujo el artículo 360 bis de la LOPJ que regula el supuesto que nos ocupa.

Ahora bien, el supuesto de este artículo 360 bis de la LOPJ, es un supuesto específico y diferenciado no encuadrable en las denominadas excedencias voluntarias, por lo que sería admisible entender que los magistrados del Tribunal Supremo tienen derecho a solicitar la referida excedencia por razón de violencia de género, manteniendo su categoría y teniendo derecho a la reserva del puesto de trabajo durante los seis primeros meses, pudiendo prorrogarse por periodos de tres meses hasta un máximo de dieciocho¹²⁰². Y en atención a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 360 bis de la

¹²⁰⁰ El apartado e) del artículo 356 de la LOPJ fue modificado por la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

¹²⁰¹ Este precepto también fue introducido por la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

¹²⁰² Todo ello de conformidad con el art. 360 bis 2 de la LOPJ.

LOPJ, si la excedencia por razón de violencia sobre la mujer no es superior a seis meses, el reingreso en el servicio activo de la Magistrado del Tribunal Supremo se producirá en el Tribunal Supremo y en el puesto de trabajo que desempeñara con anterioridad, y del que tenía reserva. En el supuesto de que la excedencia por violencia sobre la mujer fuese superior a seis meses, el reingreso exigirá que las magistrados del Tribunal Supremo participen en todos los concursos que se anuncien para cubrir plazas de su categoría hasta obtener destino.

12.2. La magistratura de ejercicio.

Refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2002 (RJ 2002\2943) en su Fundamento de Derecho segundo, que el “estatuto especial” de magistrados del Tribunal Supremo, se compone de tres elementos fundamentales, cada uno de ellos con su propia razón de ser independiente, salvo su ligazón común de referirse a los componentes de la más alta instancia del Poder Judicial del Estado. Estos elementos son: la magistratura de ejercicio, un régimen especialmente riguroso de incompatibilidades y una modificación de sus retribuciones¹²⁰³.

El primer elemento que conforma el denominado “estatuto especial” de los Magistrados del Tribunal Supremo es la denominada magistratura de ejercicio. Señala nuestro TS que el concepto de magistratura de ejercicio hace referencia a que, al igual que ocurre con el resto de los órganos constitucionales de los otros dos Poderes del Estado, no pueda ostentarse la titularidad de los mismos sin prestar efectivamente la función que tienen encomendada y se expresa en el propio artículo 299.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al decir “sólo adquirirán la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo quienes efectivamente pasen a ejercer funciones jurisdiccionales como miembros de este Tribunal” (STS de 31 de enero de 2002).

A esta finalidad entiende el Tribunal Supremo que responde el art. 348 bis de la LOPJ, cuando dispone que se pasará de la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a la de Magistrado, al desempeñar cualquiera otras actividades públicas o privadas (con la salvedad de las excepciones previstas), y que los servicios especiales se limiten a los casos previstos en el art. 352 de la misma Ley Orgánica, o que también se pierda la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo cuando se pida la excedencia voluntaria (salvo que se trate del supuesto de cuidado de hijos o del cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el 2º grado inclusive de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida).

Y es precisamente este concepto de magistratura de ejercicio el que justifica que se haya suprimido la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo para ser Presidente de Sala de la Audiencia Nacional, estableciendo también en la disposición transitoria octava de la LOPJ un mecanismo dirigido entre otras cuestiones, a ir acabando con las situaciones de los Magistrados del Tribunal Supremo que no se hallaren a la entrada en vigor de la Ley prestando servicio en el mismo y que, no obstante conservaban aquella categoría.

¹²⁰³ Vid también Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2001 (RJ 2001\3901), Sentencia de 20 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9619), y Sentencia de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003\2403).

Señala también el Tribunal Supremo en la sentencia referida que la “magistratura de ejercicio, como expresión de que solamente puede atribuirse la categoría a quienes efectivamente ejerzan en el Tribunal Supremo, como ocurre con los miembros de otros órganos de nivel constitucional, de por sí no implica un determinado régimen de incompatibilidades, sino que solamente exige que la atribución y la permanencia en la categoría se vinculen a destino jurisdiccional efectivamente ejercitado en el Tribunal Supremo”.

Ahora bien, hechas estas referencias a la magistratura de ejercicio, nos encontramos con una situación compleja ahora y tras la modificación del artículo 335.3º de la LOPJ por la LO 2/2004 de 28 de diciembre. Dicho precepto dispone que “La Plaza del Jefe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial se proveerá por un Magistrado del Tribunal Supremo con una antigüedad en la categoría de dos años, o por un Magistrado con diez años de servicio en la categoría. En este último caso, mientras desempeñe el cargo, tendrá la consideración de Magistrado del Tribunal Supremo”. Esto sin duda alguna colisiona con lo dispuesto en el art. 299.3º de la LOPJ que prescribe que “Sólo adquirirán la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo quienes efectivamente pasen a ejercer funciones jurisdiccionales como miembros de este Tribunal”. Nos encontramos por lo tanto aquí, ante una quiebra de la denominada Magistratura de ejercicio.

12.3. Régimen de incompatibilidades.

El segundo elemento de lo que denominados “estatuto especial” de Jueces y Magistrados del Tribunal Supremo, es un régimen de incompatibilidades más riguroso que el de por sí rígido de los jueces y magistrados. En este sentido, el legislador redactó un apartado tercero del artículo 350 LOPJ por la Ley orgánica 9/2000 de 22 de diciembre¹²⁰⁴, señalándose en el mismo que “Los Magistrados del Tribunal Supremo sólo podrán desempeñar fuera del mismo las funciones de Presidente de Tribunales de oposiciones a ingreso en la Carrera Judicial y de miembros de la Junta Electoral Central”, de esta manera el legislador intentaba evitar al máximo lo que objetivamente podía perjudicar o dejar en entredicho los valores de independencia e imparcialidad ante la opinión pública. No obstante todo lo referido, la LO 19/2003 ha suprimido el apartado tercero del artículo 350 de la LOPJ, quedando ahora sometidos los Magistrados del Tribunal Supremo al régimen general, en la medida en que resulte compatible con su estatuto especial.

Continuando con la reiterada sentencia de 31 de enero de 2002 del TS (RJ 2002\2943), se dice en la misma que el régimen de incompatibilidades de la Carrera Judicial, tiene como finalidad la de preservar la independencia de la misma, evitando el peligro de que puedan llegar a implicarse en actividades que generen intereses o apariencia de los mismos, que ofrezcan a los ciudadanos la impresión de que dicha independencia parece comprometida, y esa finalidad en opinión del Tribunal Supremo, se ha buscado por el legislador para que sea más ejemplarizante en el Tribunal Supremo que en el resto de la organización judicial, “por ser aquél al que, en su calidad de cúspide del Poder Judicial del Estado, le puede ser achacado por dicha opinión pública

¹²⁰⁴ Ley Orgánica 9/2000 de 22 de diciembre de Medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia por la que se reforma la Ley orgánica del Poder Judicial.

un estatuto no suficientemente protector de su independencia, al ser el más visible de los Tribunales y corresponderle las máximas responsabilidades judiciales”.

12.4. Régimen retributivo.

Y por último el tercer elemento del “estatuto especial” de los Magistrados del Tribunal Supremo es el régimen de retribuciones de los mismos.

Por lo que se refiere al régimen retributivo¹²⁰⁵ de los Magistrados del Tribunal Supremo, nos remitimos a lo dispuesto en el art. 404 bis de la LOPJ, que dice; “De conformidad con el principio de supremacía jurisdiccional que se recoge en el artículo 123 de la Constitución y de acuerdo con el carácter de magistratura de ejercicio contemplado en la Presente Ley, las remuneraciones de los Magistrados del Tribunal Supremo se establecerán en cuantía similar a las de los titulares de otros altos Órganos Constitucionales, atendiendo a la naturaleza de sus funciones”¹²⁰⁶. Como señala la Sentencia del TS de 31 de enero de 2002, “la lectura del precepto acredita que las nuevas cuantías retributivas se vinculan a la supremacía jurisdiccional que la Constitución atribuye al Tribunal Supremo, lo que justifica que sean equiparadas por Ley a los altos órganos constitucionales que tengan funciones análogas”.

Por lo tanto es la naturaleza de la función que ejercita el Tribunal Supremo y la supremacía en el ejercicio de la misma que le atribuye la Constitución lo que determina su asimilación a órganos que, como el Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales también con el carácter de supremacía.

Asimismo entiende nuestro más alto Tribunal en la repetida Sentencia de 31 de enero de 2002 que “de ningún modo puede ser entendido que las retribuciones sean el precio de unas incompatibilidades (a manera de complemento de dedicación exclusiva), o de la magistratura de ejercicio (que, como se ha dicho, nada tiene que ver con las incompatibilidades), pues cada uno de esos tres elementos –del estatuto especial de

¹²⁰⁵ La retribución de los Magistrados del Tribunal Supremo se determina cada año en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Y contemplan el concepto de sueldo (14 mensualidades), y otras remuneraciones (a percibir en 12 mensualidades).

¹²⁰⁶ Este precepto fue introducido por la LO 5/1997 de 4 de diciembre (BOE del 5), y hay que ponerlo en relación con el RD-ley 3/1998, de 8 de mayo (BOE del 9, corrección de errores en el del 15) de retribuciones de Magistrados del Tribunal Supremo.

El Real Decreto Ley 3/1998 refiere como fue la Ley Orgánica 5/1997 de 4 de diciembre de reforma de la LOPJ la que introdujo el mencionado artículo 404 bis, y asimismo indica este RD-Ley que fue la LO 5/1997, la que en su disposición Transitoria Cuarta preveía que en los Presupuestos Generales del Estado para 1998 se consignarían los créditos necesarios para atender las retribuciones de los Magistrados del Tribunal Supremo y hacer efectivo lo dispuesto en el artículo 404 bis de la LOPJ. No obstante lo dicho, se aprobó la Ley 65/1997 de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1998 sin que se hubieran consignado en la misma los créditos precisos para dotar presupuestariamente el nuevo sistema de remuneraciones. Y fue por ello por lo que se dictó el mencionado Real Decreto Ley 3/1998 de 8 de mayo que comentamos, por el que se fija mediante una norma de rango adecuado las retribuciones correspondientes a los Magistrados del Tribunal Supremo y miembros de la Carera Fiscal equiparados, se dotan los créditos correspondientes con los que dar cobertura presupuestaria al incremento retributivo, y estableciendo en su disposición transitoria única que el incremento retributivo tendría efectos económicos desde el 1 de enero de 1998.

Magistrados del Tribunal Supremo- deriva directa e inmediatamente de aquel reconocimiento institucional”.

CONCLUSIONES

Decíamos al comienzo de este trabajo que los conceptos de independencia del Poder, de la función, y de la persona integrada en aquél y titular de ésta están íntimamente vinculados, por lo que abordar la realidad del Juez nos iba a exigir deslindar una serie de inter-relaciones, entre el juez-hombre, el juez funcionario y la función del juez. En definitiva la función jurisdiccional y las condiciones en las que esta ha de llevarse a cabo, es decir con independencia e imparcialidad, han sido elemento transversal del presente estudio que nos ha permitido comprobar la proyección y los efectos que el denominado estatus jurisdiccional tiene sobre el estatus funcional del Juez, y viceversa.

La función jurisdiccional se convierte en definitiva en un centro de poder y de irradiación de efectos que alcanza, no ya a la función en sí, sino a todo lo que la rodea y afecta, en especial a todas aquellas cuestiones que se pueden encuadrar en los mecanismos de garantía y efectividad de la misma, que es donde se encuentran la mayor parte de las quebras y problemas que el estatuto de Jueces y Magistrados plantean.

I

Comenzando ya con las problemáticas que plantea el referido estatus de Jueces y Magistrados podemos exponer en primer lugar como, en nuestra opinión, se produce un incumplimiento de la reserva de Ley Orgánica (y no a cualquier ley sino a la LOPJ) que prevé el art. 122.2 de la CE para el Estatuto Jurídico de los Jueces y Magistrados. Esta reserva supone, por un lado que a las Comunidades Autónomas les está prohibido legislar sobre dicho estatuto (no sólo por lo dispuesto en el art. 122.1 CE sino también por lo recogido en el art. 149.1.5º de la CE, puesto que el referido estatuto pertenece al núcleo duro de la “Administración de Justicia”), y por otro lado tampoco el Estado Central puede actuar en esta materia por otro mecanismo que no sea la reforma de la LOPJ. Ahora bien, en nuestra opinión esto no se cumple a tenor de lo dispuesto en el art. 389.5º de la LOPJ que al tratar las incompatibilidades con el cargo de Juez o Magistrado hace una remisión a la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, que hemos de entender hecha a la Ley 53/1984 de 26 de diciembre y a la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del empleado público, ambas leyes ordinarias, de modo que el legislador puede cambiar el contenido de la misma e indirectamente estará cambiando un aspecto del Estatuto orgánico de jueces y magistrados, y por lo tanto esta remisión la entendemos como inconstitucional.

II

En lo que se refiere a los nombramientos de Jueces y Magistrados hemos de hacer la siguiente reflexión. Tanto los Jueces como los Magistrados son un cuerpo único, e integrante de la Carrera Judicial, no obstante lo dicho, advertimos que el nombramiento de los Jueces se lleva a cabo mediante Orden del Consejo General del Poder Judicial, mientras que el nombramiento de Magistrados y Presidentes se lleva a cabo por Real Decreto, a propuesta del CGPJ, siendo la presentación a Real Decreto

cometido del Ministerio de Justicia que refrendará el nombramiento. En nuestra opinión no existe justificación alguna o razón para dicha diferenciación en la forma del nombramiento, sobre todo cuando en el caso de los Magistrados significa la intromisión de otro poder, el ejecutivo por vía de su Ministerio de Justicia, puesto que será éste el que presente el Real Decreto, teniendo la obligación de refrendarlo, lo que dará lugar también en múltiples ocasiones a demoras y retrasos que no tendrán justificación de ningún tipo. Es por ello que consideramos que es preciso abordar la modificación legal correspondiente a efectuar sobre el artículo 316 en relación al art. 139.1 de la LOPJ que elimine esta discordancia e intromisión del Ministerio de Justicia en el nombramiento de los Magistrados.

III

La cuestión anterior podría considerarse menor en comparación con las problemáticas que en el ámbito del nombramiento de Jueces y Magistrados supone los nombramientos discrecionales al amparo de la LO 2/2004 de 28 de diciembre. La oscuridad, insuficiencia regulativa y la disfuncionalidad del sistema de nombramientos hace que, en nuestra opinión, se precise de un mayor y más plural control de los mismos para evitar la sospecha de los ciudadanos de que son reclutados en un círculo estrecho, en el que sobre otros méritos priman la fidelidad o la afinidad política. En especial, y conectado con el ascenso y la promoción profesional consideramos que hemos de llamar la atención sobre la necesidad de cumplir el deber legal de motivar los nombramientos (obligación imperativa que recoge el art. 137.5 de la LOPJ), y que supone la garantía de que se ha actuado racionalmente (no arbitrariamente). En los nombramientos se ha de decidir, y entendemos que esa decisión ha de responder a una serie de razones, por lo que es lógico que esas razones, esos motivos puedan ser conocidos por todos pues significan una garantía del deber de nombramiento desde la perspectiva de los afectados por las decisiones y la ciudadanía, que tienen derecho a conocer la ratio decidendi que las inspira y desde la perspectiva que hace que situados ante una serie de elementos de juicio con honestidad intelectual, requiere actuar únicamente dentro del espacio de lo justificable, evitando la arbitrariedad y el error. Consideramos que son los principios de mérito y capacidad los que han de constituir la base sobre las que se asiente cualquier decisión sobre la provisión de cargos relacionados con la Carrera Judicial. Esto no significa que el CGPJ en la toma de sus decisiones carezca por completo de discrecionalidad para decidir en la materia, lo que implica o ha de implicar es la necesidad de sujetar sus propuestas discrecionales de nombramiento a unos criterios y a un sistema de valoración que responda realmente a la cualificación jurídico-técnica de los puestos vacantes que están llamados a ser ocupados.

IV

Continuando con los nombramientos discrecionales, en este ámbito, adquiere especial relevancia la actividad de la Comisión de Calificación del CGPJ, que tiene como finalidad informar de los nombramientos no estrictamente reglados, es decir aquellos que son competencia del Pleno. La polémica constante en torno a los nombramientos discrecionales ha dado lugar a la modificación del artículo 74 del Reglamento 1/1986, refiriendo el mencionado precepto en su apartado segundo los elementos que como mínimo habrá de contener el informe de la Comisión de Calificación. Dicho esto, entendemos que puede constituir un riesgo para la necesaria imparcialidad el hecho de que no se contemple en la Ley el derecho de los Jueces y

Magistrados como funcionarios a conocer el contenido de la documentación obrante en la Comisión de Calificación. Si bien podemos decir que una calificación desfavorable para un interesado no significa una sanción para el mismo, y por ello, sin estar prevista la audiencia del mismo, no puede hablarse con rigor de indefensión, ello no significa que las consecuencias de la calificación desfavorable no le alcancen, pues en virtud de dicha calificación, se van a ver directamente afectadas sus expectativas y por ende, de forma indirecta sus derechos. Por ello consideramos que debería darse traslado al interesado del sentido positivo o negativo de la calificación y de los datos objetivos en que se basa ésta a fin de que el mismo pudiera alegar lo conducente a su derecho. Asimismo la audiencia al interesado, además de ser más adecuada al mandato del art. 105 b) de la CE, permitiría por una parte salir al paso de los posibles errores en la apreciación subjetiva de los hechos por parte del informante.

V

Por lo que se refiere a la actividad disciplinaria, en nuestra opinión, existe un grave riesgo de injerencia en el ámbito jurisdiccional de Jueces y Magistrados por parte de los órganos de gobierno del poder judicial por esta vía. Este riesgo lo podemos concretar en los números 8 y 9 del artículo 417, los números 5, 11 y 12 del artículo 418 y los números 3 y 5 del artículo 419, todos ellos de la LOPJ. Especial atención nos merece lo dispuesto en el artículo 417.1 de la LOPJ que se refiere al artículo 5.1 del mismo texto legal, dicho precepto reputa como falta muy grave el incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la CE. establecido en el artículo 5.1 de la LOPJ cuando así se aprecie en sentencia firme, y hemos de entender que el mencionado artículo 5.1 LOPJ, lo que conlleva es una vinculación a la interpretación formulada por el Tribunal Constitucional de los preceptos y principios constitucionales, es decir el normal efecto de la jurisprudencia respecto de la interpretación de la Ley, y de ahí a configurar una infracción disciplinaria hay una gran distancia. Por ello consideramos que la configuración de esta infracción disciplinaria supone la intromisión del CGPJ en el contenido y sentido de las resoluciones de Jueces y Tribunales. Entendemos que existe el riesgo de que el órgano sancionador pueda revisar, aunque sólo sea en ciertas circunstancias, resoluciones de los Jueces dictadas dentro de su competencia y con el procedimiento adecuado, ciertamente no lleva a permitir la modificación de aquellas, pero en cuanto amenaza a los Jueces con sus sanciones máximas permitiría o podría permitir una desviación consciente de los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional, extraordinariamente peligrosa si se aplicase a un fin distinto del suyo propio.

VI

Por otro lado y en el marco de la independencia judicial ad-extra, es claro que los artículos 13 y 14 de la LOPJ no regulan las garantías frente a los grupos de presión, y medios de comunicación social, siendo complejo la conjugación del derecho a la información y el ejercicio independiente de la función jurisdiccional. El poder de los medios de información es muy efectivo y coercitivo por las consecuencias inmediatas que tienen sobre la opinión y por las dificultades de conseguir una inmediata devolución de las cosas a su estado anterior, lo que sin duda afecta de forma directa a la independencia de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional. Es por ello que en nuestra opinión es preciso y conveniente valorar la posibilidad de incorporar medidas concretas de rectificación o puntualización ampliando en este

sentido el ámbito de la Ley orgánica reguladora del Derecho de rectificación, que no está prevista para rectificaciones exigidas por la correcta información de la opinión pública y la actuación imparcial de los tribunales a requerimiento de un poder público. Y asimismo entendemos que hay que analizar la oportunidad y adecuación de una posible reforma de la legislación procesal, que evitando los juicios paralelos de los medios de comunicación, obligue a estos a que se personen en el procedimiento mediante prueba testifical o pericial para que pruebe la veracidad de sus aseveraciones. De esta forma podríamos reforzar en alguna medida lo dispuesto en el artículo 13 de la LOPJ que señala que “todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados”, y que sin duda alguna constituye una respuesta jurídica muy vaga a la tutela de la independencia del Juez, por lo que requiere de medidas y sistemas reales y eficaces de protección.

VII

Por lo que respecta a la independencia económica de Jueces y Magistrados, hemos de hacer referencia a las intromisiones que en nuestra opinión tiene el poder ejecutivo en el poder judicial en el ámbito de las retribuciones de Jueces y Magistrados y que se concreta en el artículo 12 de la Ley 15/2003 (que trata sobre las retribuciones especiales -art. 403.5 LOPJ-). Señala este precepto legal que dichas retribuciones se regularán reglamentariamente por el Gobierno, rompiendo de esta manera la sistemática de la Ley 15/2003 reguladora del régimen retributivo de la carrera judicial y fiscal, de establecer con carácter total las retribuciones judiciales, puesto que como decimos se remite a la regulación reglamentaria del Gobierno una parte de estas retribuciones (esta regulación reglamentaria por parte del Gobierno se concreta en el Real Decreto 431/2004 de 12 de marzo del Ministerio de la Presidencia por el que se regulan las retribuciones previstas en la disposición transitoria tercera de la Ley 15/2003 de 26 de mayo), permitiendo por lo tanto la participación del ejecutivo en la fijación de los ingresos del personal juzgador, y teniendo por lo tanto en nuestra opinión una incidencia directa en la independencia de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la función de la que son titulares.

Por otro lado, y también referida a la independencia económica de Jueces y Magistrados nos planteamos la siguiente cuestión: si por un lado la modificación o fijación de objetivos que hace el CGPJ puede afectar a las retribuciones variables, el acuerdo que los apruebe deberá constar con informe favorable del Ministerio de Justicia y si tuviese repercusión presupuestaria deberá ser informada favorablemente por el Ministerio de Hacienda (lo cual, habrá de ser lo normal puesto que es complicado configurarse un supuesto en que la determinación de objetivos no vaya a tener efectos sobre las retribuciones variables ni incidencia presupuestaria), y en nuestra opinión entendemos que se da aquí una nueva limitación de la independencia económica de los Jueces y Magistrados, que alcanza por lo tanto a la independencia judicial, pues nuevamente el poder ejecutivo, esta vez por vía del Ministerio de Justicia y el Ministerio de Economía y Hacienda participan en la fijación de los ingresos del personal juzgador.

VIII

En otro orden de cosas hemos de hacer mención al intento de recuperar el denominado “antejuicio”. Sin duda alguna, hemos, como poco de sorprendernos al

constatar que tras la supresión de la especialidad procesal del antejuicio de nuestro ordenamiento jurídico procesal por la derogación del artículo 410 de la LOPJ y el Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Disposición Adicional Primera de la LO 5/1995 del Tribunal del Jurado, la reforma de la LO 19/2003 de 23 de diciembre ha vuelto a introducir un sistema de control previo de verosimilitud de la querrela con lo dispuesto en el actual artículo 410 LOPJ (que hay que poner en relación con la causa cuarta de abstención del artículo 219 de la LOPJ). En nuestra opinión se pretende, de nuevo, garantizar la independencia y la dignidad de quienes ejercen la función jurisdiccional, es decir se quiere proteger al juez no como ciudadano, sino como juez. Lo que significa por otro lado que la experiencia ha demostrado que el art. 313 de la LECr. no ha permitido cumplir la función encomendada al suprimido antejuicio, es decir, impedir que se altere la serenidad del ánimo de los jueces con ocasión de querrelas temerarias y abusivas, por lo que ha sido preciso articular este nuevo sistema de control previo de verosimilitud de la querrela para exigir responsabilidad penal a jueces y magistrados (art. 410 y 219 LOPJ)

IX

Otra cuestión que hemos de abordar son las prohibiciones del art. 12 de la LOPJ. En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial, sin que sus superiores puedan hacerle ninguna indicación de cómo actuar para resolver el asunto. En nuestra opinión esto se ve amenazado y puede suponer una injerencia en la independencia judicial de jueces y magistrados lo dispuesto en los artículos 162 LOPJ y 4 r, 55 y 57 d) del ROGT por los que se faculta a los Presidentes de Tribunales, Audiencias y Salas de Gobierno a dirigir a los Juzgados y Tribunales que estén comprendidos en sus respectiva circunscripción, las prevenciones que estimen oportunas para el mejor funcionamiento de los Juzgados y Tribunales. Estas disposiciones de los órganos gubernativos, a las que habría que añadir las situaciones previstas en los artículos 170.1 y 264 de la LOPJ (en las que las intromisiones se derivarían de un acuerdo colectivo obtenido en Junta de Jueces o en reunión de los Magistrados de la Sala) pueden suponer una intromisión y puesta en peligro de la independencia de Jueces y Magistrados, siendo relevante a tal efecto lo dispuesto en el artículo 65 del ROGT, por cuanto que la advertencia de que los acuerdos serán escrupulosos con la independencia judicial constituye un signo claro y evidente del riesgo que corre la independencia del Juez, miembro de la Junta.

Asimismo el art. 65 d) ROGT, que se refiere a los acuerdos que tienen por objeto unificar prácticas y criterios de actuación en los aspectos de organización de la oficina judicial o de realización material de actos procesales señalando que serán vinculantes para todos los Jueces afectados, en tanto se refieran al Gobierno de los Juzgados, sin que en modo alguno puedan condicionar el ejercicio de la jurisdicción, no se entiende bien, porque si es vinculante condiciona la independencia del Juez y si se interpreta que el Juez, para dejar a salvo su independencia, puede desvincularse del acuerdo, entonces deja de ser vinculante.

X

También merece una reflexión el artículo 14 de la LOPJ, que prevé que los jueces y magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia

por intromisiones externas o internas, lo pondrán en conocimiento del CGPJ, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado. En primer lugar hemos de decir que la redacción de este precepto no es la más adecuada, sorprendiendo cuanto menos que tantos años después de la aprobación de la LOPJ no se haya desarrollado este “procedimiento adecuado”, a pesar de afectar a la independencia judicial. En segundo lugar la ratio del artículo 14 de la LOPJ no tiene reflejo en los artículos 107 y 108 del mismo texto legal que concretan las atribuciones y competencias del Consejo, y en tercer lugar no se entiende que se pueda acudir al CGPJ cuanto esté órgano no dispone de ningún instrumento jurídico concreto para defender la independencia judicial, supuestamente inquietada o perturbada, por lo que podemos concluir que este precepto deviene ineficaz. En nuestra opinión es necesario que además del Juez o Magistrado, pudiera el CGPJ intervenir a iniciativa propia o en virtud de comunicación de terceros como podrían ser las asociaciones judiciales. Y asimismo entendemos que es necesaria una mayor precisión en el contenido y la decisión que pudiese adoptar el CGPJ, es decir es preciso delimitar las medidas que pudieran adoptarse y las sanciones jurídicas posibles, si pueden consistir en una rectificación, en la comunicación a otras autoridades u órganos interesando su colaboración, en la recuperación de las condiciones idóneas para el ejercicio de la función jurisdiccional con independencia, u otras.

XI

Por lo que se refiere a las causas de abstención y recusación, hemos puesto de manifiesto como la jurisprudencia ha superado y desbordado el principio del carácter tasado o de numerus clausus de dichas causas y va abriendo camino entendiendo como abierta la lista de motivos de abstención y recusación o entendiendo la taxatividad de dicha lista matizable u objeto incluso de adiciones. En nuestra opinión entendemos, que en caso de darse una causa no prevista en el elenco de causas de abstención y recusación, pero susceptible de atentar contra la imparcialidad del juzgador, permitiría la aplicación directa de la Constitución, habida cuenta que la garantía constitucional ha de primar tanto sobre el principio de legalidad como sobre los medios de interpretación utilizados para delimitar el contenido de las causas de recusación y abstención, y esto porque estos métodos y estos principio son el medio para garantizar la imparcialidad del juez, pero no dotan de contenido a la misma. De esta forma podríamos dar respuesta a deficiencias como la inexistencia de previsión por parte del legislador respecto de la relación familiar entre el juez y el testigo o perito de las partes como recusación, puesto que de esta manera (además de siendo el Juez directamente perito o testigo, causa esta que si está prevista), puede adquirir un conocimiento cualificado y extraprocesal de los hechos que son objeto de enjuiciamiento sin las garantías inherentes al juicio a través de la persona con la que le une tan íntima o intensa relación, o por ejemplo se pueda entender como causa de recusación o abstención no sólo el hecho de Ser o haber sido una de las partes subordinadas del Juez que deba resolver la cuestión litigiosa (causa esta que si está prevista) sino que el Juez sea o haya sido subordinado de alguna de las partes, supuesto éste que no ha sido previsto, y que podría darse sin problema alguno.

XII

Por lo que respecta al tratamiento del Estatuto de Jueces y Magistrados por la LOPJ, en nuestra opinión, consideramos que el mismo carece de una adecuada sistematización y adolece de una falta de rigor técnico. En esto, sin duda, han tenido

incidencia las continuas reformas que ha sufrido la LOPJ, fundamentalmente a partir de 1994, pero la cuestión no fue resuelta ni mejorada con la reforma de la LO 19/2003. Ejemplos de la falta de sistematización y del escaso rigor técnico que denunciamos es el artículo 379.1.a) que se ocupa de la renuncia a la Carrera judicial. Dicho precepto considera incluido en este concepto los supuestos de los artículos 322 y 357.3 de la LOPJ, cuando este último precepto en la actualidad no existe, pero es más, en su antigua redacción también planteaba problemas porque no aludía a la renuncia.

Asimismo tampoco es la técnica legislativa más adecuada la que se utiliza para ver las consecuencia jurídicas de la “excedencia forzosa” a la que se refiere el art. 356 f) de la LOPJ en relación al art. 360 del mismo texto legal, referida a cuando se concurren como candidatos a elecciones, si no se es elegido o por finalización del cargo, previéndose que no podrá acceder durante los cinco años siguientes a un puesto de la carrera judicial que no sea de los que se proveen por estricta antigüedad.

Y otro ejemplo de la falta de rigor técnico de la LOPJ en el tratamiento del Estatuto de Jueces y Magistrados lo podemos concretar en el art. 379.1. letra c de la LOPJ, que prevé la pérdida de la condición legal por sanción disciplinaria de separación de la Carrera judicial, estableciendo el propio artículo en su apartado dos, otros dos supuestos que denomina de separación cuando estrictamente no lo son. Quizás esto sea debido a que la separación provoca como efecto la pérdida de la condición de Juez y porque en otros preceptos se identifican ambos términos (art. 15 LOPJ).

XIII

Por lo que se refiere al desarrollo reglamentario del estatuto judicial que se lleva a cabo en condiciones de accesoriedad y subordinación, exigidas por el art. 110 de la LOPJ, en nuestra opinión, se hace de un modo parcial, sin que alivie esta normativa reglamentaria la deficiente técnica legislativa de la LOPJ, habida cuenta de que dicha normativa o reglamentos no se han ido reformando para adaptarlo a las continuas y sucesivas reformas de la LOPJ, lo que ha dado lugar a que en algunos asuntos la regulación de la ley y el desarrollo reglamentario generen gran confusión. En especial con el Reglamento de la Carrera Judicial 1/1995. Se ocupa del ingreso, de la promoción y especialización de los Jueces, de la provisión de destinos, de las situaciones administrativas, del régimen de licencias y permisos y de la compatibilidad para un segundo puesto de trabajo pero no regula ni aborda la inamovilidad de los Jueces, ni las incompatibilidades ni las prohibiciones.

XIV

En cuanto al acceso a la función pública judicial, en nuestro País se mantiene la oposición como mecanismo de acceso por la categoría de Juez. Este sistema para algunos es el menos malo, para otros es una prueba imperfecta pero que sitúa a los candidatos en un plano de igualdad, y para otros es el mejor medio conocido. En nuestra opinión como poco ha de ser reformado y complementado de tal manera que permita el acceso a la función judicial de jueces preparados, insertos en la sociedad, y con las capacidades y competencias necesarias para el desarrollo de su alta función, evitando asimismo que puedan acceder aquellos candidatos que no tengan el equilibrio emocional suficiente, o carezcan de las aptitudes psíquicas requeridas para la función jurisdiccional. En este sentido habría que tomar en consideración la previsión de

pruebas específicas de acceso a la función judicial de tipo psicotécnico y psicológico, lo cual contrasta con otros sistemas comparados y deja en una situación muy comprometida al propio sistema judicial pues no hemos de desconocer que se pueden incorporar a la carrera judicial, y “para toda la vida”, personas que no disponen de las condiciones emocionales o psíquicas necesarias para ejercer una función tan delicada como es la de juzgar sobre la libertad y el patrimonio de las personas.

Asimismo y respecto de los requisitos legales para el ingreso en la Carrera Judicial, y en concreto a la vista de lo dispuesto en el artículo 303 de la LOPJ, consideramos que es necesaria una mayor delimitación y concreción de los impedimentos físicos y/o psíquicos incompatibles con la función judicial, esto aportaría seguridad jurídica y evitaría que el CGPJ y la Comisión Permanente tuvieran que ir resolviendo caso por caso.

XV

Por lo que se refiere al nuevo sistema de acceso unificado a la carrera judicial y fiscal que existe en la actualidad (En virtud de lo dispuesto por la LO 9/2000 de 22 de diciembre sobre medidas urgentes para la agilización de la administración de Justicia), en nuestra opinión creemos que el legislador, al adoptar este sistema parte de una premisa errónea como es la de creer que para ser juez o fiscal el grado de conocimientos exigibles es el mismo, o dicho de otra manera, no considera importantes los conocimientos requeridos para el acceso a un determinado cuerpo, sino que lo realmente relevante para él es la exigencia en sí de un temario que da igual que se adecue o no a las futuras funciones que se deberán desempeñar.

Asimismo entendemos que el nuevo sistema de acceso unificado transforma lo que era una competencia exclusiva del CGPJ en materia de selección en una competencia compartida junto con el Ministerio de Justicia. De esta manera y aunque sea de una forma indirecta, vuelve la competencia de acceso a la judicatura a recaer en manos del Ministerio de Justicia, que a través de su presencia en la Comisión de selección que es de composición mixta (art. 305 LOPJ), tiene como poco la posibilidad de bloquear cualquier tipo de innovación que se predique de la fase de oposición, puesto que hemos de tener muy presente las competencias de dicha comisión entre las que destacan la propuesta de temario, el contenido de los ejercicios y las normas complementarias que han de regir la oposición, etcétera.

XVI

En cuanto a las normas de permanencia mínima en un destino, y a pesar de lo dicho por la Jurisprudencia del TS (STS de 17 de marzo de 2003) nosotros mantenemos serias dudas de que la posible finalidad legislativa, concretada en la contradicción que significaría permitir a un juez obtener una especialización y al mismo tiempo hacer una interpretación que dilate la posibilidad de hacer uso de la misma, justifique que haya de ceder el artículo 327.2 ante lo dispuesto en el artículo 329.3 de la LOPJ, pertenecientes ambos al mismo cuerpo legislativo. Tanto el art. 329.3 de la LOPJ referido a los Juzgados de Menores o el art. 329.4 que afecta a los Juzgados de lo Mercantil, ni el 329.2 que incumbe a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o de lo Social, concediendo preferencia para la cobertura de las respectivas plazas a los Magistrados especialistas, no obliga ni imponen a qué solo los Magistrados especialistas puedan ser

destinados a esos Juzgados. Y tampoco podemos estar de acuerdo en la opinión del Tribunal Supremo de que la obtención de la especialidad implica una derogación de las normas de permanencia mínima en el destino.

XVII

Por lo que se refiere a los Servicios Especiales de Jueces y Magistrados hemos de referirnos a lo dispuesto en el apartado b) del artículo 351 de la LOPJ. En este caso la declaración de interés que ha de emitirse previamente, la realiza el Ministerio de Asuntos Exteriores, introduciendo por lo tanto, con este informe un elemento extraño en una situación estatutaria de un miembro del Poder Judicial, no del ejecutivo. En nuestra opinión y aunque la política exterior del Estado es competencia en exclusiva del mismo (art. 97 y 149.1.3º de la CE), sería preciso articular la participación del CGPJ en esta declaración de interés, habida cuenta que al ser este órgano quien autoriza o no la situación de servicios especiales, que no es automática, es de presuponer que será preceptivo el estudio y valoración del proyecto o misión internacional, su relevancia jurídica y en qué medida afecta a la prestación del servicio para autorizar o no el mismo, evitándose de esta manera múltiples problemáticas.

XVIII

En cuanto a la naturaleza jurídica de la suspensión provisional de funciones derivada de causa criminal contra Jueces y Magistrados por delitos cometidos en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, la misma ha sufrido una importante modificación, y esta es que entre las medidas cautelares penales, en el seno de un procedimiento de esta índole ya no existe suspensión de funciones con el carácter de medida jurisdiccional (no tiene naturaleza cautelar en sentido estricto) sino que, en su caso, es el CGPJ quien la acuerda con motivo de una causa dirigida contra Jueces y Magistrados, en el ejercicio de sus funciones de supremacía especial y en garantía del normal funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, como concreción al ámbito de la función judicial del interés general contemplado en el artículo 103 de la Constitución. En definitiva, los presupuestos de las medidas cautelares y sus características, no son predicables actualmente en su integridad de la suspensión de funciones. Es por ello que consideramos que se hace necesaria la reforma y adaptación de los artículos 383 y 384 de la LOPJ, que al mantener su redacción originaria (en la que existía el antejuicio) siguen hablando de medida cautelar generando diversos problemas de interpretación y aplicación de la norma a los que ha tenido que ir respondiendo el CGPJ.

XIX

Respecto del reingreso al servicio activo desde la excedencia voluntaria por interés particular, cuando el periodo de excedencia voluntaria por interés particular haya superado los diez años, se exigirá además la previa declaración de aptitud por el CGPJ, el cual recabará los informes y practicará las actuaciones necesarias para su comprobación. Actualmente esta declaración de aptitud sólo se le puede pedir a los excedentes voluntarios por interés particular, por lo que en nuestra opinión esta exigencia hubiera de desaparecer, o en su caso como se hacía en la regulación anterior exigirse para todos los excedentes voluntarios y suspensos, sin distinción alguna de tipos o duración en la situación, puesto que actualmente y con la regulación en vigor no tiene sentido y no se puede entender esta restricción en la exigencia.

XX

En cuanto al procedimiento al que se refiere el artículo 388 de la LOPJ, en el mismo para determinar si un supuesto se puede encuadrar en la pérdida de la condición de un juez se vuelve a hablar nuevamente y de forma impropia de separación, no siendo de aplicación además lo previsto en este artículo a todos los supuestos del art. 370 de la LOPJ, por ejemplo no es de aplicación a la renuncia (apartado 1 letra a), y tampoco lo es a la sanción disciplinaria de separación (apartado 1 letra c) puesto que en este supuesto la imposición de la sanción disciplinaria y el efecto de esta sanción tiene lugar por el cauce propio del expediente disciplinario, en el cual no tiene cabida el informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior que prevé el art. 388 de la LOPJ y no hay necesidad de que se tramite otro procedimiento distinto para que el sancionado disciplinariamente con separación de la Carrera pierda la condición de Juez. Tampoco sería aplicable el artículo 388 LOPJ a la pérdida de la condición de Juez por jubilación (apartado 1 letra e del art. 379 LOPJ), ya que para la misma y en sus dos clases existe cauce propio, y por último no sería necesario hacer uso del procedimiento al que nos referimos para que un Juez pierda su condición, si tal consecuencia se deriva ya como necesaria de la imposición de una pena de inhabilitación absoluta o especial. Como vemos las deficiencias y escaso rigor técnicos de nuestra legislación orgánica que se concretan en este procedimiento al que se refiere el artículo 388, exigen sin dilación una reforma que sistematice la regulación y le de coherencia.

XXI

Por lo que se refiere al procedimiento para declarar la jubilación por incapacidad permanente, y partiendo de que la jubilación no sólo es un derecho del funcionario público que es en definitiva el juez, sino que también es una garantía para la sociedad en general y para el justiciable en particular, hemos de decir que tras la oportunidad perdida con la reforma de la LO 19/2003 quedan pendientes las necesarias modificaciones y cambios precisos a realizar en torno al concepto legal de jubilación por incapacidad permanente y los procedimientos correspondientes. En cuanto al concepto legal el mismo habría de ser modificado en el sentido de que el proceso patológico ha de contemplarse en relación con las características objetivas del puesto o actividad realmente desempeñadas. Del concepto ofrecido por la Ley de Clases pasivas habría de eliminarse el término “totalmente”, puesto que la imposibilidad total a que se refiere este concepto, alude no a la incapacidad para todo tipo de actividad, sino que debe conectarse exclusivamente con la función jurisdiccional. En cuanto al procedimiento y teniendo en cuenta las problemáticas que plantea la valoración de los dictámenes de las unidades de valoración dependientes de la Administrados del Estado o de las Comunidades Autónomas, haría aconsejable conformar un procedimiento específico al amparo del art. 110.2 letra i) de la LOPJ, para la tramitación de estos expedientes, que al incluir dentro de este procedimiento la realización de la pericia médica, establezca una unidad de valoración médica al efecto, que actuaría como órgano técnico del CGPJ. Otra modificación sería la de centralizar la tramitación del expediente en el CGPJ sin perjuicio de que las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia puedan proponer el inicio del procedimiento, pero sin delegación de atribución alguna en orden a la instrucción del mismo como se viene haciendo hasta ahora. También sería conveniente articular la posibilidad de tramitar una información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no

de iniciar el procedimiento, es decir incorporar la previsión del artículo 69.2º de la Ley 30/1992. Y por último es necesario regular el plazo dentro del cual ha de tramitarse el procedimiento. Puesto que si se inicia a instancia de parte el plazo será de 6 meses de conformidad con el art. 123 m) del RCJ, pero si el procedimiento se inicia de oficio no se puede aplicar este plazo de seis meses por lo dispuesto en el Acuerdo nº 8 de 16 de julio de 1997 del CGPJ que entienden que no existe plazo máximo para resolver y que no se producen los efectos propios del silencio.

XXII

En cuanto a la pérdida de la condición de Juez como consecuencia de condena penal hemos de poner de manifiesto lo que consideramos una contradicción que se concreta en la reforma del art. 379 LOPJ y la exposición de motivos de la ley reformadora del mismo, la Ley 16/1994. Así podemos constatar como la reforma del mencionado precepto suprimió, en la letra d) del apartado 1, como causa de la pérdida de la condición de Juez, la imposición de pena principal o accesoria de separación del cargo judicial e inhabilitación absoluta o especial para cargo público, e introdujo expresamente la condena a pena privativa de libertad por razón de delito doloso, lo que contradice lo manifestado en la exposición de motivos de la mencionada ley reformadora 16/1994 por cuanto que no es ni mucho menos una ampliación de las causas por las que se perdería la condición de Juez.

La redacción actual del art. 379.1.d) de la LOPJ que no recoge las penas privativas de derechos, no responde al espíritu de la reforma de 1994, sino que más bien la contraría. En nuestra opinión, en el marco de una interpretación lógica, teleológica y sistemática del art. 379.1.d) y e) en relación con la exposición de motivos de la reforma de 1994, con el resto de los preceptos del mencionado art. 379 de la LOPJ y en relación a los demás preceptos que se ocupan de esta materia a lo largo de la Ley orgánica, especialmente con los artículos 303 y 380, hemos de entender cómo supuestos de pérdida de la condición de Juez o Magistrado, todos aquellos en los que exista condena por delito doloso, cometido por el Juez en el ejercicio de las funciones de su cargo, sea cual sea la pena impuesta, privativa de libertad o privativa de derechos (y éstas ya sean impuestas como principal o accesoria) y también fuera del ejercicio de las funciones de su cargo, pero en este caso, sólo cuando la pena impuesta sea la privativa de libertad, aquilatando la norma que sea de cierta entidad, estableciendo que sea de duración superior a seis meses, es decir aplicando dicha consecuencia a las conductas dolosas extrajudiciales más graves.

XXIII

Por la que se refiere a la cuestión de las licencias de Jueces y Magistrados, y en concreto las licencias retribuidas por asuntos propios cuando obedece a la especial gravedad de la situación personal del Juez o Magistrados, podemos entender que el CGPJ sea muy riguroso y exigente para la aplicación del artículo 252.4 RCJ exigiendo la acreditación completa y detallada de las circunstancias personales o familiares que afecten gravemente a la situación personal del Juez o Magistrado, pero en nuestra opinión no se justifica ni podemos entender adecuada a la norma la exigencia de que sea imposible la utilización de otra licencia legal o reglamentariamente prevista, puesto que esta exigencia no se deduce del texto reglamentario.

XXIV

En cuanto a las Asociaciones Profesionales y el derecho de huelga de Jueces y Magistrados, por nuestra parte consideramos que los Jueces y Magistrados participan de la vida política judicial mediante las referidas Asociaciones Profesionales, por lo que la prohibición de pertenencia a un sindicato no supone que no puedan defender sus intereses profesionales y conectada directamente con esta cuestión está la posibilidad de hacer uso de determinados instrumentos en la defensa de estos intereses, en concreto de la huelga. Aquí, entendemos que el debate central no es la discusión de la titularidad del derecho de huelga sino la concreción de su posible ejercicio y para ello es básico partir de la naturaleza bifronte de los Jueces y Magistrados que son al mismo tiempo funcionarios públicos y titulares de un poder del Estado, sin que un perfil anule o minore a otro y por lo tanto en nuestra opinión consideramos que nuestro marco jurídico actual no permite ni reconoce el ejercicio del derecho de huelga por jueces y magistrados.

XXV

Por lo que se refiere a las denominadas “medidas de refuerzo y de apoyo” que hemos tratado en el epígrafe dedicado a la predeterminación de la composición personal del órgano judicial, y que se regulan en los artículos 216 bis a 216 bis 4, y pretenden dar cobertura legal a los “apoyos”, justificando tales medidas en el derecho a la tutela judicial efectiva, plantean en nuestra opinión serios problemas, por cuanto que permitirían el cambio de juez afectando al derecho fundamental al juez legalmente predeterminado. Ejemplo de esta cuestión sería la atribución al juez de apoyo de asuntos “pendientes de señalamiento” puesto que este concepto de señalamiento no tiene un sentido claro y unívoco. Por esta razón entendemos es preciso reformar los mencionados preceptos garantizando el juez ordinario predeterminado por la ley y desterrando cualquier atisbo de discrecionalidad.

XXVI

Por último en lo que respecta al Estatuto de los Magistrados del Tribunal Supremo, hemos de apuntar dos cuestiones. En primer lugar poner de manifiesto nuestra duda sobre la constitucionalidad del Estatuto Especial de los Magistrados del Tribunal Supremo, por cuanto que los Jueces y Magistrados forman un Cuerpo Único (art. 122.1 de la CE) y esto es difícilmente compatible con el establecimiento de un Estatuto Especial que puede suponer la quiebra en la Carrera Judicial, en la que hasta ahora, la condición de Magistrados del Tribunal Supremo constituía únicamente la categoría superior de la Carrera, estando sometidos estos Jueces a la regulación general de Jueces y Magistrados. Y en segundo lugar también nos hemos de ocupar de la situación compleja en la que nos encontramos ahora, pues si la Plaza del Jefe del Servicio de Inspección del CGPJ se puede proveer por un Magistrado del Tribunal Supremo, con una antigüedad en la categoría de dos años, o por un Magistrado con diez años de servicio en la categoría, y en este último caso mientras desempeñe el cargo, tendrá la consideración de Magistrado del Tribunal Supremo (art. 335.3º LOPJ), no entendemos como se pueden hacer estas situaciones compatible con el requerimiento legal conforme al cual solo adquieren la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo quienes efectivamente pasen a ejercer funciones jurisdiccionales como miembros de este

Tribunal (art. 299.3º LOPJ). En definitiva lo que constatamos aquí es una quiebra de la denominada magistratura de ejercicio.

BIBLIOGRAFIA

A

- ACOSTA GALLO, P.

- *La responsabilidad del Estado-Juez*, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid 2005.

- AGIRREAZKUENAGA, I.,

- *Modelos comparados de organización judicial y régimen de selección o elección de jueces y magistrados*, Poder Judicial, nº 75, 2004, pág. 11-56.

- AGUIAR DE LUQUE, L.

- “Poder judicial, estatuto del juez y libertad de expresión”, en Alessandro PIZZORUSSO (Coord.): *Libertad de manifestación de pensamiento y jurisprudencia constitucional: Doctorado de “Justicia Constitucional y Derechos fundamentales”*, Valencia 2005, Ed. Tirant Lo Blanch, pág. 273.

- AGUILERA DE PAZ Y RIVES MARTÍ, E.

- *El Derecho Judicial Español*, Tomo I, Madrid, 1920

- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1923-1924, Tomo I.

- AGUNDEZ FERNÁNDEZ, A.

- *Historia, Estructura y Actividad del Poder Judicial En España*, Madrid, Editora Nacional, 1974.

- *Garantías Constitucionales de la Independencia Judicial*, Revista de Derecho Procesal, nº 2-3, 1981, págs. 335-358.

- *Historia del Poder Judicial en España*, editora Nacional, Madrid 1974.

- ALBERDI ALONSO, C.,

- *El Poder judicial como garante del Estado de Derecho. Mandatos constitucionales y política judicial*, Poder Judicial, número V, especial, 1988, pág. 237-263.

- ALIAGA CASANOVA, A. C. en la obra colectiva de ESCUDERO MORATALLA, J. F., ALFEREZ DEL MORAL, D., ALIAGA CASANOVA, A., y GOMEZ ARROYO, J.

- “*El Secretario Judicial; últimas reformas orgánicas conforme a la Ley 19/2003 del 23 de diciembre*”, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia 2004.

- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N.
 - *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Ed. EJEA, Buenos Aires. 1963.
- ALMAGRO NOSETE, J.
 - *Derecho Procesal Tomo I. Parte General Proceso Civil*, Volumen Primero, Madrid, Ed. Trivium, 1995.
 - *Derecho Procesal Tomo I. Parte General Proceso Civil*, Volumen Primero, Madrid, Ed. Trivium, 1995.
 - *El Poder Judicial*, en el Libro “*Problemas actuales de la Justicia*”, en homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1988. Pág. 21-50.
 - (en AA.VV), *Derecho Procesal*, Vol. I, 3ª. Ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1988.
 - *Responsabilidad judicial*. Serie: Derecho y Justicia, 10. Ed. El Almendro, Salamanca, 1984.
 - “*El sistema español de responsabilidad judicial*”, Justicia 1982, núm. IV, pág. 69-106.
 - “*Comentarios al artículo 24*” *Constitución Española de 1978; Comentarios a las leyes políticas, Tomo III*, Edersa, Madrid 1983, pág. 19-60.
 - “*El sistema español de responsabilidad judicial*”, en la obra Colectiva *El Poder Judicial*, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.
 - *Derecho Procesal Tomo I. Parte General Proceso Civil*, Volumen Primero, Madrid, Ed. Trivium, 1995.
 - *Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución*”, en *Lecturas sobre la Constitución Española*, ed. De T.R. Fernández Rodríguez, UNED, Madrid, 1978, vol. I, pág. 283-344.
- ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, A.,
 - *Poder Judicial, Sociedad y Estado de Derecho*, La Ley 1997- 6, págs. 1434-1437.
- ALVAREZ CONDE, E.
 - *Curso de Derecho Constitucional*. Ed. Tecnos, Madrid 1993, Vol. II.
- ALVAREZ-LINERA Y URIA, C.,

- “*Notas sobre la independencia del Poder Judicial*”, LA LEY, 1982-1, págs. 793-804.
- ALVAREZ VICAYA, M.,
 - *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato*, Bosch, Barcelona, 1993.
- ALLORIO, E.
 - *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935
 - *Saggio polemico sulla “giurisdizione” voluntaria en “problema di diritto”*, Milano, 1957, II, pág. 32
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., y MOVILLA ALVAREZ, C.
 - *El Poder judicial*, Ed. Tecnos, Madrid 1986.
 - *Racionalizar (y moralizar) la política de nombramientos*, Jueces para la Democracia, nº 52, marzo 2005, pág. 12-15.
 - *Sobre Asociacionismo e Independencia Judicial*”, Jueces para la Democracia, nº 25, marzo de 1996, pág. 88-94..
 - *Justicia/Conflicto*, Ed. Tecnos, Madrid 1988.
 - *Poder Judicial y Juez en el Estado Constitucional de Derecho. El sistema de Consejo*”, *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, CGPJ, Madrid, 1998.
- APARICIO PEREZ, M.A.
 - En el prólogo a la edición en castellano a la obra de Dieter Simon, (traducción de Carlos Ximenez Carrillo) “*La independencia del Juez*”, Barcelona 1985, pág. I-XXIV.
 - *El status del Poder Judicial en el constitucionalismo español 1808-1936*, Universidad de Barcelona, 1995.
- ARAGÓN REYES, M.
 - *Independencia Judicial y libertad de expresión*, Derecho Privado y Constitución, año 4, número 10, 1996, pág. 259-268.
- ARIAS DOMINGUEZ, A.
 - *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*, Ed. Edersa. Madrid, 1999.

- ARISTOTELES.

- *La Ética de Nicómano*, Libro V.

- ATIENZA RODRIGUEZ, M.

- *Estatuto Judicial y límites a la libertad de expresión y opinión de los Jueces*, Poder Judicial nº especial XVII, 1999, págs. 435-444.

- AUGER LIÑAN, C.

- *La Formación y Selección del Personal Judicial*, Documentación Jurídica, Tomo XII, Ene-Jun. 1985, núm. 45-46. Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia, Pág. 199-214.

B

- BACHOF, O.

- *Jueces y Constitución* (trad. Rodrigo Bercovitz y Rodríguez-Cano), Madrid, Ed. Civitas, 1985.

- BACIGALUPO SAGGESE, M.,

- “*En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de los órganos colegiados: ¿Debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, julio-septiembre 2000. Págs. 417-420.

- BANDRÉS SANCHEZ-CRUZAT, J. M.

- *La Extensión indebida de la responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados por el Tribunal Constitucional*, Poder Judicial, 1991, número 22, pág. 9-32.
- *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Madrid 1992, pág. 302,

- BARRACHINA JUAN, E.;

- *La Función Pública. Parte General I*, Ediciones PPU, Barcelona 1991.

- BECEÑA, F.

- *Notas de Derecho Procesal civil*, Madrid 1932.
- *Magistratura y Justicia*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.

- BELLOCH JULBE, J.A.

- *Notas sobre el Asociacionismo judicial*, Poder Judicial Número V, especial, 1988, pág. 35-64.
- *Jueces y derecho de huelga*, Jueces para la Democracia, 1992, nº 16-17, págs. 132-135.
- BENTHAN, J.
 - *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1971.
 - *Obras*, Bruselas, 1840, tomo II, pág. 32.
- BERGALLI, R.
 - *Estado Democrático y cuestión Judicial. Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial*. De Palma. Buenos Aires, 1984.
- BERMUDEZ OCHOA, E
 - *La Configuración jurisprudencial del concepto de la imparcialidad objetiva*, Justicia, 1997-1, pág. 93-164.
- BERMUDEZ OCHOA, A.
 - *Problemas Orgánicos y procesales de la llamada contaminación procesal. La Sentencia del TC 145/1988 de 12 de Julio*. Cuestiones de Derecho Procesal Penal. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, Abril 1994. Pág. 55-121.
- BERZOSA FRANCOS, M^a V.,
 - “Poder Judicial”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Seix, T.XIX, Barcelona, 1989, page. 872-898..
- BETTERMANN, K.A.
 - *Der Richter als Staatsdiener*, Hamburg, 1967
- BLAS ZULUETA, L.;
 - *La función pública y la administración de Justicia*, Pretor 1974, núm.83. Pág. 645-658.
- BLUNSTCHLI, J.G.
 - *Derecho Público universal*, Traducción de A. García Moreno, J. Ortega y Enrique Danero, Madrid 1880. Tomo 2.
- BOQUERA OLIVER, J. M.
 - *Derecho Administrativo*, 10^a edición, Ed. Civitas, Madrid 1996.

- BORREGO LÓPEZ, J.

- “*La administración del Poder Judicial*”, Poder Judicial nº 39, 1995, Pág. 9-64.

- BROEKHOVEN, P.W.M. *Netherlands*, AAVV.

- *Traité d’Organisation Judicial comparé, Tomo I*, Bruylant, Bruselas, 1999.

- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.

- *El ordinario predeterminado por la Ley*, ed. Civitas, Madrid, 1990

- *El Juez ordinario predeterminado por la ley (2ª parte)*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia II, número 3, 1989, pág. 795-834.

- BUSTILLO BOLADO, R.O.

- “*El autogobierno del Poder Judicial en Europa. Breve Estudio de derecho comparado*”, en Revista Poder Judicial, número 37, 1995. Pág. 55-77.

C

- CALAMANDREI, P.

- *Instituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo Codice*, Padova, 1934.

- *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código, I*, traducción de SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1962.

- *Proceso y democracia*, Trad. Fix Zamudio, Buenos Aires 1960.

- *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Trad. De S. Sentís Melendo, Volumen II, Buenos Aires, 1962.

- CALVO SÁNCHEZ, Mª C.

- *Selección de jueces y Magistrados (acceso directo de licenciados en derecho, abogados y juristas de reconocido prestigio- modificaciones introducidas por la L.O. 16/1994, de 8 de noviembre)*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 197, mayo de 1995, pág. 1-6.

- “*La recusación de jueces y magistrados (I)*”, Revista Universitaria de Derecho Procesal, núm. 1, 1998, pág. 73-94.

- CAMARA VILLAR, G.

- *El tercer poder del Estado amenaza con la huelga*, artículo publicado en el diario La Opinión de Granada, 16 de enero de 2009.

- CAMINAL I BADÍA, F.
 - “*L’ingrés en la carrera judicial. L’accés a la funció jurisdiccional: el casl dels torns*” Autonomía i Justícia a Catalunya, Consell Consultiu, Barcelona, 2000.
- CANO BUESO, J.
 - *La Política Judicial del Régimen de Franco (1936-1945)* Ministerio de Justicia. Madrid 1985.
- CANO MATA, A.
 - *Comentarios a la LOTC*, Madrid, 1984.
- CANOSA USERA, R.
 - “*A propósito de la independencia del juez militar*” (Comentario a la STC 204/1994 de 11 de julio). Revista Poder Judicial nº 37. Págs. 345-351.
- CARDOZO, B.
 - “*La naturaleza de la función judicial*”, Buenos Aires, 1955.
- CARMONA SALGADO, C.
 - *Libertad de información y expresión y sus límites*, Ed. Edersa, Madrid 1991.
- CARNELUTTI, F.
 - *Diritto e Processo*, Napoli, 1965.
- CARRE DE MALBERG, R.
 - *Contribution a la théorie générale de l’Etat*, Paris, 1920, vol. I.
- CARRERAS LLANSANA, J.
 - *Las fronteras del juez*, en Estudios de Derecho Procesal, con FENECH, Barcelona 1962, pág. 102-128.
- CARRETERO PÉREZ, A.
 - *Introducción a la organización judicial*, en R.D.J. núm. 19 de julio de 1964, págs. 121-128.
 - *La organización de la Administración de Justicia en 1808*, en R.D.J. Núm. 20, 10 de diciembre de 1964, págs. 145-156.

- *La Administración de Justicia de 1808 a 1835*, en R.D.J. núm. 21, 1 de marzo de 1965, págs. 159-172.
 - *La Administración de Justicia de 1835 a 1868 (primera parte)*, R.D.J. núm. 22, 4 de junio de 1965, páginas 117-128.
 - *La Administración de Justicia de 1835 a 1868 (segunda parte)*, en R.D.J. núm. 24, 10 de diciembre de 1965, págs. 121-127.
 - “*La Administración de justicia de 1868 a 1898 (Primera parte)*” en R.D.J. núm. 25, 1 de marzo de 1966, páginas 83-97.
 - *La administración de Justicia de 1868 a 1898 (Segunda parte)*, en R.D.J. número 26, 4 de junio de 1966, págs. 129-144.
 - *La Administración de Justicia de 1868 a 1898 (Tercera parte)*, en R.D.J. número 27, 7 de septiembre de 1966, págs. 120-136.
 - “*La Administración de justicia de 1868 a 1898 (Cuarta parte)*”, en R.D.J. núm. 28, 10 de diciembre de 1966, págs. 47-58.
 - “*El Poder Judicial de 1868 a 1898*”, en R.D.J. número 34, 4 de junio de 1968 págs. 89-101.
- CARRETERO SÁNCHEZ, S.
- *El juez ante los juicios paralelos de la prensa*, Poder Judicial número 40, 1995, pág. 263-268.
- CARRETERO SÁNCHEZ, A.
- “*La independencia judicial en España al final del Siglo XX*”, La Ley, 4776, 16 de abril de 1999. Pág. 1928-1933.
- CARRILLO LÓPEZ, M.
- “*Los Tribunales de Justicia y sus obligaciones informativas*”. Poder Judicial, XVII, número especial, 1999, pág. 173-216.
- CASAS Y RUIZ DE ARBOL, F.
- *Jurisdicción Disciplinaria Gubernativa*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1963.
- CASTAN TOBEÑAS, J.
- *Poder Judicial e Independencia Judicial*, Madrid, 1951 (Discurso pronunciado en la Apertura de Tribunales el día 15 de septiembre de 1951), pág. 8 y ss (como principio político) y pág. 41 y siguiente (como principio jurídico).

- CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.
 - *El derecho de Huelga de los funcionarios públicos*, Ed. Thomson- Aranzadi, Madrid 2006.
- CAVANNA, A.
 - *Storia del diritto moderno in Europa*, Milán, 1982.
- CAZORLA, J. RUIZ-RICO, J. y BONACHELA, M.
 - *Derechos, Instituciones y Poderes en la Constitución de 1978*, Granada 1983.
- CLAVERO, B.
 - “*Happy Constitution; crédito del jurado y credenciales del constitucionalismo*”, *Happy Constitution. Cultura y lenguas constitucionales*. Ed. Trotta, Madrid, 1997.
 - *Manual de historia constitucional del Poder Judicial*, Ed. Civitas, Madrid, 1991
- COBO DEL ROSAL, M. Y QUINTANAR DIEZ, M.,
 - *Comentarios al Código Penal, Tomo III, Artículos 24 a 94* dirigidos por MANUEL COBO DEL ROSAL, Editorial EDERSA, Madrid 2000.
- CONSTAT, B.
 - *Cours de Politique constitutionnelle*, Bruselas 1857.
- CORDON MORENO, F.
 - *Las garantías constitucionales del Proceso*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1999.
 - *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Eunsa, Pamplona, 1994.
 - *Las garantías constitucionales del Proceso penal*, Navarra, 1999.
- CORONAS GONZÁLEZ, S.
 - *La recusación judicial en el derecho histórico español*, Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo II, nº 52, Madrid, 1982. Pág. 511-615.
- CORTES DOMINGEZ, V.
 - *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed. Madrid. 2001.

D

- DAWSON, J. P.

- *The Oracles of the law*, Westport, Conn., Greenwood Press, 1968.
- DE LA CUADRA, B.
 - “*La Salud mental de los Jueces*”, Diario El País, 11 de agosto de 1999, pág. 9.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.
 - “*Acerca del Consejo General del Poder Judicial (1)*”, Revista de Derecho Procesal, nº 2, 1994, pág. 273-328.
 - *Derecho Procesal, Introducción*, 2ª ed. Madrid 2001.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., y FERNANDEZ LOPEZ, M.A.
 - *Derecho Procesal Civil, V.I.* 1990
 - *Derecho Procesal Civil I. Introducción, El Proceso Civil, sus tribunales y sus sujetos*, Madrid 1991.
 - *Lecciones de Derecho Procesal I*, 2ª ed., Barcelona 1984.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGA TORRES, J.:
 - *Derecho Procesal. Introducción*. 3ª Edición. Ed. Ramón Areces, Madrid, 2004.
 - *Derecho Procesal. Introducción*. 2ª Edición, Ed. Ramón Areces, Madrid 2001.
- DE LA PLAZA, M,
 - *Las garantías de la independencia Judicial*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid 1954.
- DE MARINO, R.
 - “*La independencia de los Tribunales, garantía de su función*”. Revista de Derecho Procesal. 1988, nº 2. Págs. 431-458.
- DE MATEO MENÉNDEZ, F.
 - *¿Pueden los magistrados del Tribunal Supremo presidir tribunales calificadores en la carrera judicial?*, La Ley, nº 5, 1999, págs. 1980-1984.
- DE OTTO, I.
 - *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid 1989.
 - *Derecho Constitucional*, Ed. Ariel 1987.

- DE VICENTE DOMINGO, R.
 - *El Puesto de Trabajo en el derecho de la función pública*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- DE VICENTE Y CARAVANTES, J.,
 - *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procesos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*”, Tomo I. Madrid, 1856.
- DEL CACHO FRAGO, A.
 - *Gobierno interno de Tribunales y Juzgados, Salas de Gobierno. Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia. Junta de Jueces*. Poder Judicial, 1988, nº V especial, pág. 219-236.
- DELGADO DEL RINCON, L.E.;
 - “*Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico-constitucional de la responsabilidad judicial*”, Revista del Poder Judicial, núm. 61, primer trimestre de 2001, pág. 13-62.
- DESDENTADO DAROCA, E.
 - *Los problemas del control de la discrecionalidad en los nombramientos de altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial. Un análisis crítico*. Revista Española de Derecho Administrativo 2008, nº 139, págs. 555-573.
- DIETER SIMON,
 - *La independencia del Juez*, Ed. Ariel, Madrid 1985.
- DIEZ-PICAZO GIMENEZ, L.M.
 - “*Notas de Derecho Comparado sobre la independencia judicial*”, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 34, págs. 19-40.
 - *Sobre la independencia judicial: notas de derecho comparado*, (En la obra colectiva “La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez”, Compilador Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo), Ed. Civitas, Madrid 1993. Págs. 161-177.
 - *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
 - *El sistema francés de acceso a la judicatura: selección y formación inicial en “El Acceso a la función judicial. Estudio comparado”*, Manuales de Formación continuada 13, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 41-55.
- DIEZ-PICAZO, I.
 - “*Poder Judicial y Responsabilidad*”, Ed. La Ley, 1990.

- *Responsabilidad disciplinaria e independencia judicial* (comentario a la STC 110/1990 de 18 de junio RTC 1990\110), Poder Judicial nº 22. Pág. 137-150.
- “*Sobre el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial*, Tribunales de Justicia nº 8-9, 1999. Pág. 721-724.
- “*Sobre la independencia económica de los Jueces. Mínima reflexión al hilo de las reivindicaciones salariales de Jueces y Magistrados*”, Tribunales de Justicia, nº 10, 1999, pág. 845-848.
- *El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley*, en Revista Española de Derecho Constitucional, 1991, número 31. pág. 75-124..

E

- ESCUDERO MORATALLA, J. F., y FRIGOLA VALLINA, J.
 - *El régimen disciplinario de los integrantes del Órgano Jurisdiccional. Repercusiones de la reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Revista General de Derecho, núm. 616-617, pág. 63-115.
 - *La nueva facultad atribuida al Secretario Judicial de dictar acuerdos en materia de acceso de los interesados a los libros, archivos y registros judiciales*”, Diario La Ley, 1996-4, D-220, pág. 1115-1159. Vid. También en Revista General del Derecho nº 619, 1996, pág. 3425-3436..

F

- FAIREN GUILLEN, V.
 - *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985*, Edersa, Madrid 1986.
 - “*La potestad jurisdiccional*”, en Revista de Derecho Judicial, nº 51-52, julio-diciembre 1972, págs. 45-84.
- FENECH, M.
 - *Derecho Procesal Penal I*, 3ª ed. Barcelona 1960.
- FERNANDEZ ENTRALGO, J.
 - *Valoración de la Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial*, en Los Jueces en una Sociedad Democrática (Coordinador Juan Igartua Salaverria), Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1987, pág. 93-156.
- FERNANDEZ-ESPINAR, G.

- *La Prevaricación Judicial; de la Teorización a su Plasmación efectiva en la tipificación sustantiva*, La Ley, nº 3, 1993. Págs. 852-869.
- FERNANDEZ FARRERES, G.
 - “*Las Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados*”, VVAA, El Poder Judicial, Vol. II, Madrid, 1983, págs. 1213-1252.
- FERNANDEZ LOPEZ, RIFA SOLER, y VALLS GOMBAU,
 - *Derecho Procesal Práctico, formularios y jurisprudencia sobre el proceso civil*. Tomo II, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1992.
- FERNADEZ-VIAGAS BARTOLOME, P.
 - *El Juez Imparcial*, Ed. Comares, Granada 1997.
- FERNANDEZ LOPEZ, J. M.,
 - “*El derecho fundamental a la protección de datos*”, *Otrosí*, nº 25, abril de 2001.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, R.,
 - “*Funciones consultiva, informativa, y resolutive del Consejo General del Poder Judicial*”, El gobierno de la justicia. El Consejo General del Poder Judicial, Universidad de Valladolid, 1996, pág. 127-142.
- FERNANDEZ ORDOÑEZ, F.,
 - En la introducción a *La justicia en la década de los 80*, LINDE PANIAGUA, E. en Colección Temas Constitucionales, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Madrid, 1981.
- FERNANDEZ PASTRANA, J. M.,
 - “*La “otra” independencia de los Jueces*”, *Actualidad Administrativa*, núm. 19, 1991, pág. 233-241..
- FERRAJOLI, L.
 - “*Jurisdicción y democracia*”, *Jueces para la Democracia* 1997, págs. 3-9. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.
 - “*Posición institucional y función de la Magistratura en el sistema político Italiano*”, en *Política y Justicia en el Estado capitalista*” (ed. a cargo de Perfecto ANDRES IBAÑEZ), Barcelona, 1978, pág. 104-145.
- FERRARI, V.

- *“Funciones del Derecho”*, Ed. Debate, Madrid 1989. (Traducción de María José Añón Roig y Javier de Lucas Martín).
- FIESTAS LOZA, A.
 - *“La quiebra de la independencia del poder judicial”*, Poder Judicial, núm. 14 (enero-marzo), 1985, pág. 57-67.
- FIX ZAMUDIO, H.,
 - *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, en Problemas actuales de la Justicia (homenaje a Gutierrez-Alviz y Armario), Valencia 1988, pág. 125-160.
- FOLGUERA CRESPO, J.
 - *Sobre la intervención mediadora del Consejo General del Poder Judicial en supuestos de posible perturbación de la independencia judicial*, Poder Judicial, número especial XVII “Justicia, información y opinión pública”, 1999 pág. 505-516.
 - *La potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial*, Revista del Poder Judicial núm. 62. Segundo trimestre 2001, pág. 313-374.

G

- GABALDÓN LOPEZ, J.
 - *“Independencia Judicial y seguridad jurídica”*, La Ley, número 4889, de 22 de septiembre de 1999, vol. V, págs. 1843-1847..
 - *Control democrático del Poder Judicial*, Poder Judicial número XI, especial, 1989, pág. 77-86.
 - *“Estatuto Judicial y límites a la libertad de expresión y opinión de los Jueces”*, Poder Judicial, número especial XVII, 1999. Págs. 415-443.
 - *Responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados*, Revista La Ley, nº 3, 1995. Pág. 999-1000.
 - *Implicación de las Asociaciones y Colegios profesionales en la reforma de la Justicia*. LA LEY, nº 1, 1996, págs. 1629-1633.
- GALAN GONZALEZ, C.
 - *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2005.
- GALLEGO MORALES, A., y MONEREO PEREZ, J.L.

- “La asociación profesional y el derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales”, en MONEREO PEREZ y otros (coords): *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Granada 2002, Ed. Comares, págs. 1157-1192.
- GARCÍA-BARBON CASTAÑEDA, J.
 - “*Justicia y Poder Judicial*”, en *El Poder Judicial*, VV.AA. (obra colectiva editada por el Instituto de Estudios Fiscales), Madrid, 1983, pág. 1375-1384.
- GARCIA CANTERO, G.
 - *Nulidad del Matrimonio, en Derecho de Familia, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993.
- GARCIA DE ENTERRIA, E.
 - *Curso de Derecho administrativo*, Tomo I, Madrid 1983.
- GARCIA DE ENTERRIA, E., en GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, T.R.;
 - *Curso de Derecho Administrativo, T.I.*, 6ª ed., Civitas, Madrid 1993.
- GARCIA MANZANO, P.
 - *La independencia judicial*, Poder Judicial, nº X, especial.
- GARCIA TREVIJANO FOS, J.A.;
 - *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Vol. I*. Ed. Rev. Derecho Privado. Madrid, 1970.
- GARCIA VALDES, C.
 - *La selección y formación de los Jueces en España: El Centro de Estudios Judiciales*, Poder Judicial, VII, 1987, pág. 39-54..
- GARRIDO CARRILLO, F. J.,
 - *La Oficina Judicial, análisis de su nuevo diseño*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2008.
- GARRIDO FALLA, F...;
 - *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª Ed. Tomo II. Madrid 1985.
- GERPE LANDIN, M.

- “*El Gobierno del Poder Judicial en el constitucionalismo europeo continental: Francia, Italia, Portugal y España*”, en A. MONREAL (ed.), *La división de poderes: El Poder Judicial*, Barcelona 1996.
- GIMENO SENDRA, V.
 - *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid 1981.
 - *Fundamento de Derecho Procesal*, Madrid 1982.
 - *Introducción al Derecho Procesal*, 4º edición, Ed. Colex, Madrid 2006.
 - *Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1978, 2-3, pág. 311-336.
 - *El control de los jueces por la Sociedad*, *Poder Judicial*, nº 48, 1997. Págs. 37-56.
- GIMENO SENDRA, V., CONDE-PUMPIDO C. y GARBERÍ, J.:
 - *Los Procesos penales*, T. I, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.
- GIMENO SENDRA, V. MORENO CATENA, V. y CORTES DOMINGUEZ, V.
 - *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex., Madrid 2001.
- GOLDSCHMIDT LANGE, W.,
 - *La imparcialidad como principio básico del proceso*, Discurso de recepción como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal, en Revista de Derecho Procesal, año VI, núm. 1, Madrid, 1950, pág. 183-209.
- GÓMEZ, C.
 - “*La selección y formación inicial de jueces en Francia*”, *Jueces para la Democracia*, núm. 23, 1994, pág. 77-83.
- GOMEZ ORBANEJA, E.
 - *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882*, Tomo II, Barcelona 1947.
 - *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Barcelona 1951.
 - *Derecho Procesal penal*, 10ª edición, Madrid 1987.
- GOMEZ COLOMER, J.L.
 - *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, 9 edición, Valencia 2000.

- GOMEZ MARTINEZ, C.
 - *Propuestas de mejora de la formación inicial en la Escuela Judicial*, Jueces para la Democracia, nº 63, Noviembre de 2008, pág. 116-123.
- GONZALEZ DE LA ALEJA, R.
 - *La Titularidad del Derecho de Huelga. En especial en la Función Pública: Perspectivas jurídico críticas.*, Ed. Comares. Granada 1999.
- GONZÁLEZ-CUELLAR GARCIA, A.,
 - *El Consejo como garantía de la independencia judicial*. Jueces para la Democracia, número 57 noviembre 2006, pág. 84-90.
 - *Formación y perfeccionamiento de Jueces y Magistrados*, Poder Judicial número V, especial, pág. 87-111.
- GONZALEZ GRANDA, P.
 - *Independencia del Juez y control de su actividad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1993.
- GONZALEZ MONTES, J.L.;
 - *Instituciones de derecho Procesal. Parte General. Tomo I. La Jurisdicción y sus órganos*, segunda edición, Impredisur, Granada, 1990.
 - *Instituciones de Derecho Procesal T.I.*, 3ª Ed., Ed. Tecnos, Madrid 1993, págs. 84 y 85.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.
 - “*De la Justicia de los Jueces y de otros sintagmas afines*”, Actualidad Administrativa, nº 2, semana 11-17 enero 1988. Vid. También en Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí (Coordinador por Rafael Gómez-Ferrer Morant), 1989, págs. 531-566.
- GUAITA MARTORELL, A.
 - *Derecho Administrativo Especial. Tomo I.*, Tercera edición. Ed. Librería General, Zaragoza 1969.
 - *Administración de Justicia y Administración judicial*, Revista de Derecho Procesal, oct-dic (1968), pág. 11-60.
- GUARNIERI, C.

- “*El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado*”, en “*El Acceso a la función judicial. Estudio comparado*”, Manuales de Formación continuada 13, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 19-39.
 - *Magistratura e politica en Italia. Pesi senza contrappesi*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1993.
 - *L'indipendenza della magistratura*, Ed. Cedam, Padova, 1981.
 - *Magistratura e política*, Il Mulino, Bolonia 1992.
 - *La giustizia in Italia*, Il Mulino. Bolonia, 2001.
- GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P.
- “*Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia*”, ed. Taurus, Madrid 1999.
- GUASP, J.
- *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1960, I
 - *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Tomo I, Madrid, 1968
 - “*La pretensión procesal*”, en Anuario de Derecho Civil, 1952, enero-marzo, páginas 7-61.
 - “*La Pretensión procesal*”, Ed. Civitas, Madrid 1981, y Madrid 1985.
 - *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil I*, Madrid 1943

H

- HERNANDEZ GARCIA, J.
- *La inaplazable necesidad de reforma del sistema de nombramientos de altos cargos judiciales*, Jueces para la democracia, nº 57, noviembre 2006, pág. 71-78
 - *Hacia la reforma del sistema de acceso a la función judicial (a modo de introducción)*, Jueces para la democracia, nº 63, noviembre de 2008, pág. 103-115.
- HERRERA CAMPOS, R.
- *Curso de Derecho Civil I, Parte general y derecho de la persona*, Coord., por Moreno Quesada, Valencia 2000.
- HUERTAS CONTRERAS, M.

- “*El poder Judicial en la Constitución Española*”, Ed. Universidad de Granada, Granada 1995.

I

- IGARTUA SALAVERRIA, J.

- *El caso Gómez Bermúdez. Motivación de nombramientos discrecionales (posterioridades de la STS 317/2006)*, Jueces para la Democracia, número 58, marzo 2007. Págs. 23-32.
- *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Editorial Civitas, Madrid, 1998.
- *Nombramientos de cargos judiciales (Desconcertante jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo)*, Jueces para la Democracia, nº 63 nov. 2008, pág. 25-33.
- *La motivación en los nombramientos discrecionales*, Mozón-Civitas, Cizur Menor, 2007.

J

- JIMENEZ ASENJO, E.

- *Organización judicial española*, Madrid 1952.

- JIMENEZ ASENSIO, R.

- *Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002.
- “*El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio*”, en “*El Acceso a la función judicial. Estudio comparado*”, Manuales de Formación continuada 13, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001. Págs. 115-249.

- JIMENEZ DÍAZ, M. J.

- *Los delitos de desacato en el código penal español*, Editorial Edersa, Madrid 1992.

- JIMENEZ VILLAREJO, J.

- *Justicia, información y opinión pública*, Poder Judicial nº especial XVII, 1999. Pág. 447-458.

K

- KELSEN, H.,

- *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2. Aufl., Tübingen, 1923

L

- LIEBMAN, E.T.,
 - *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1980.
- LOCKE, J.;
 - *Ensayos sobre el Gobierno Civil. Segundo Ensayo.*, Ed. Tecnos. Madrid 1989.
- LOEWENSTEIN, K.
 - *Teoría de la Constitución*, (traducción. A. Gallego Anabitarte), Barcelona, Ed. Ariel, 1970 (2º Edición),
 - *Teoría de la Constitución*, Ariel, Derecho, Barcelona 1986.
- LOPEZ AGUILAR, J. F.
 - *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid 1996.
 - *Justicia y Estado Autonómico. Orden competencial y administración de justicia en el Estado compuesto de la Constitución de 1978*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J.
 - *El Juez imparcial*, en “Jurisdicción y competencia penal”, VV.AA. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 307-360.
- LOPEZ DE HARO, C.
 - *La función Judicial*, Centro editorial de Góngora, Madrid, 1904.
 - *La Constitución y libertades de Aragón*, Madrid 1926.
- LOPEZ-MEDEL BASCONES, J.
 - “*El impulso normativo para la modernización de la Justicia*”, Revista Poder Judicial, nº 71, 2003. Pág. 359-371.
- LOPEZ MARTIN DE LA VEGA, R.
 - *La huelga de funcionarios públicos y el código penal*, Ed. Bomarzo, Albacete 2005, pág. 155.
- LOPEZ Y LOPEZ, A.M.

- *“Independencia, imparcialidad, objetividad del juez”*, en el libro homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario *“Problemas Actuales de la Justicia”*, (Coord. Por Victor M. Moreno Catena), ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1988, pág. 215-239. Vid. también en *Justicia* nº 4, 1986, págs. 951-965.
 - *Independencia, imparcialidad, objetividad del Juez (Notas para una reflexión sobre la actividad jurisdiccional y la separación de poderes)*, *Justicia* 86, IV, pág. 951-965.
- LORCA NAVARRETE, A. M.
- *El cuestionamiento de la inamovilidad constitucional de jueces y magistrados mediante su pretendida delimitación por ley, ¿es constitucional?*, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año VI, nº 263, 3 de octubre de 1996. Págs. 1, 4 y 5.
- LORENTE, M.
- *“Reglamento Provisional y administración de justicia 1833/1938. Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica”*, AAVV., *El tercer Poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*. Coordinador por Johannes-Michael Scholz. Frankfurt am Main, Klostermann, 1992, Baden/baden, pág. 215-296.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.
- *“El Gobierno del Poder Judicial: los modelos y el caso español”*, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 35 (mayo-agosto) pág. 167-239, 1995.
- LUCAS VERDU, P.
- *La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey*, *El Poder Judicial*, VV.AA. (obra colectiva editada por el Instituto de Estudios Fiscales), Madrid, 1983, pág. 1751-1762.
- LUHMANN, N.,
- *Legitimation durch Verfahren*, Berlin, 1969.
- LUNA SERRANO, A.
- *Elementos de Derecho Civil. Derecho de familia, y otros*, Barcelona, 1997.
- M**
- MAGRO SERVET, V.
- *La actuación judicial y su control por el Poder Judicial y la Sociedad*, *Actualidad Jurídica Aranzadi* año IX, nº 399, 15 de julio de 1999, págs. 1-5.
- MANRESA y NAVARRO, J.M.

- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las Bases aprobadas por ley 21 de junio de 1880 y publicada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881*, Tomo I, Madrid, 1891.
- MANZANA LAGUARDA, R.
 - *Responsabilidad disciplinaria procesal: sorprendente pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de su subsistencia*, Revista General de Derecho, 1990, núm. 555, págs. 8775-8790.,
 - *En torno a la nueva reforma disciplinaria*, Jueces para la Democracia, nº 23, 1994, pág. 69-79.
 - *Derechos y Deberes del Funcionario Público*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- MARIN CASTAN, F.
 - *Control democrático y legitimación del Poder Judicial*, Poder Judicial, nº XI, especial, 1989, pág. 99-114.
 - *Funciones de las Asociaciones de Jueces y Magistrados*, Poder Judicial número V, especial, 1988, pág. 65-59.
- MARTIN DEL BURGO, Á.
 - *La Administración de la Jurisdicción*, Revista de Administración Pública, núm. 54, 1967, págs. 9-42.
- MARTIN-SARZEAUD, G,
 - *Recherches historiques sur l'inamovilité de la magistratura*, Paris, 1833.
- MARTINEZ ALARCÓN, M. L.
 - *“El nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo”*, Jueces para la Democracia nº 52, marzo 2005, pág. 31-40.
- MARTINEZ-CALCERRADA y GOMEZ, L.
 - *“Independencia del Poder Judicial”* en Revista de Derecho Judicial, Madrid 1970. Pág. 42-84.
 - *“La patología de una sentencia”*, (a propósito de la dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007), Diario La Ley, 2008, nº 6976, págs. 7-8.
- MARTINEZ PEREZ, F.

- “Entre confianza y responsabilidad. La justicia en el primer constitucionalismo español (1810/1823)”, CEPC, Madrid.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, F.,
 - “Tema para el debate: el Consejo General del Poder Judicial”, Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, núm. 4, 1992, pág. 123-172.
- MARTINEZ SOSPEDRA, M.
 - *Jueces, Consejo y Poder Judicial. Sobre la inadecuación del modelo de Juez-funcionario a las exigencias del Estado Social y Democrática de Derecho. Notas para un debate*”, Revista General del Derecho núm. 603, Dic. 1994, pág. 12589-12618.
 - *El nacimiento del Juez reclutado por oposición: el art. 94 de la Constitución de 1869 y la LOPJ de 1870*, Revista General del Derecho, nº 607, 1995, pág. 3309-3317.
- MARTINEZ-VARES GARCÍA, S.
 - *Estatuto judicial y límites a la libertad de expresión y opinión de los jueces*, Poder Judicial, número especial XVII, 1999, págs. 373-382.
- MARTORELL ZULUETA, P.
 - *Breves notas acerca de la independencia del Poder Judicial*, Poder Judicial, número XI, especial, 1989. Pág. 291-295.
- MATA Y MARIN, R. M.
 - *El principio non bis in idem de la reforma de la responsabilidad penal y disciplinaria de jueces y magistrados*, Poder Judicial nº 41-42, 1996, págs. 185-215.
- MATEO LAGE, F.
 - “El Estatuto Especial de los Magistrados del Tribunal Supremo y la Ley Orgánica 5/1997”, LA LEY, nº 6, , Diario 4672 de 16 de noviembre de 1998, págs. 2119-2122.
- MAZA MARTIN, J.M.
 - *Asociaciones de Jueces y Magistrados*, Poder Judicial número V, especial, 1988, pág. 71-83.
- MENDENEZ PIDAL, F.,
 - *Derecho Judicial español (organización de los Tribunales)*, Madrid, 1936.

- MONEREO PEREZ, J.L.
 - “*Limites subjetivos del derecho de huelga: algunas reflexiones críticas*”, Relaciones Laborales, Tomo 1993-II, págs. 89-113.
 - “*La Huelga*”, en MONEREO PEREZ y otros (coords): *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Granada 2002, Ed. Comares, págs. 1057-1156.

- MONTERO AROCA, J.
 - *La Función Jurisdiccional y el “status” de jueces y magistrados*, Documentación Jurídica, Tomo XII, Ene-Jun. 1985, núm. 45-46. Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia. Págs. 91-116.
 - *La Función Jurisdiccional y el “Status” de Jueces y Magistrados*, JUSTICIA, 1986, pág.7-34.
 - *Independencia y responsabilidad del Juez*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.
 - *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, 12ª Edición, Valencia 2003.
 - *Autonomía del Poder Judicial e independencia del Juez en la práctica postconstitucional*, en Estudios jurídicos en honor a José Gabaldón López, Madrid, 1990, pág. 187-228.
 - *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1999.
 - *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, 9ª ed. Valencia, 2000.
 - *Derecho Jurisdiccional*, Vol I, Barcelona, 1989.
 - *El Alarde del artículo 317.3 LOPJ*, Justicia, 1987-I.
 - *Introducción al Derecho Procesal: Jurisdicción, acción y proceso*. Madrid 1979.

- MONTESQUIEU, L. DE SECONDAT, BARON DE,
 - *El Espíritu de las Leyes*, Ed. Tecnos. Madrid 1985. L. XI C.VI. P. 107.

- MONTON RENDONDO, A.
 - *Iniciación al estudio de Derecho procesal*, Salamanca, 1987.

- MORENO CATENA, V. y CORTES DOMINGUEZ, V.
 - *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2º Edición, Valencia 2005.

- *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, 3º Edición, Valencia 2008.
- MORENO CATENA, V. (en AAVV),
 - *Introducción al Derecho Procesal*, 1ª ed. Ed. Colex, Madrid 1996.
- MORENO CATENA,
 - *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed. Madrid, 1999.
- MORTATI, C.
 - *Instituzioni di Diritto Pubblico*, Padua, ed. 9, II.
- MOSQUERA, L.
 - *La posición del Poder Judicial en la Constitución Española de 1978*, en la obra colectiva “La Constitución Española de 1978, Estudio Sistemático”, dirigida por los profesores Predieri y García de Enterría. Civitas, 1981., pág. 721-770.
 - *El poder Judicial y la Constitución, en la Constitución española de 1978*, (obra colectiva) Madrid, 1980.
- MOVILLA ALVAREZ, C.
 - *Responsabilidad del Juez*, en Poder Judicial, número especial V, 1988, pág. 159-174.
 - *Notas sobre la responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados*, Justicia, II, 1988, pág. 411-441.
- MUCHOZ MACHADO, S.,
 - *La reserva de jurisdicción*, Madrid 1989.

N

- NIETZSCHE, F.;
 - *Jenseits von Gut. Und Böse*, trad. “Más allá del bien y del mal”, 1886.
- NIETO, A.
 - *El Desgobierno del Poder Judicial*”, Ed. Trotta, 2004.
 - “*Concepciones burocráticas y reformas funcionariales*”, Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo, Madrid, 1986.

O

- OJEDA AVILES, A.
 - “*Límites constitucionales al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales*”, en *Jueces para la Democracia* nº 16-17, 1992, pág. 136-139. Vid también en *Actualidad Laboral* nº 6/8 de 14 de febrero de 1993, págs 87-92.
- OLLERO TASSARA, A.
 - “*Poder Judicial y transición democrática en España*”, en *Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas*, nº 9, 1982, págs. 10-52.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G.
 - *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2002.
- OSSORIO, A.
 - *La Justicia Poder. Conferencias pronunciadas en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en los días 24, 25,26 y 28 de enero, y 1 de febrero de 1927*, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1927.
- ORTEGO PÉREZ, F.
 - “*La Exigencia de responsabilidad penal a Jueces y Magistrados; el Antejudicio y su supresión*”, *Justicia* 1997, número 1, págs. 165-183.
- ORTINO, S.
 - “*L’Indipendenza del giudice secondo la giurisprudenciza Costituzionale*” en la obra coordinada por Alessandro PIZZORUSSO, *L’ordinamiento guidizario*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1974, pág. 390-407.
- ORTIZ DE ZUÑIGA, M.
 - “*De la responsabilidad judicial*”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1864, núm. 25. Págs. 99-104 y 145-153.

P

- PALOMAR OLMEDA, A.
 - *Derecho de la Función Pública. Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos.*, 4ª Edición, Actualizado Mayo 1997, Ed. Dykinson 1997.
- PARADA, R.
 - *Derecho Administrativo. Vol. II. Organización y Empleo*, Undécima edición, Ed. Marcial Pons, 1997, Madrid.

- PARADA VAZQUEZ, J. R.
 - *La Administración y los Jueces*, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas 1988.
- PAREDES, J.
 - “*La Organización de la Justicia en la España Liberal (los orígenes de la Carrera judicial: 1834-1870)*”, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- PEDERZOLI, P.
 - “*El sistema italiano de selección de jueces. Situación actual y perspectivas de futuro*” en “*El Acceso a la función judicial. Estudio comparado*”, Manuales de Formación continuada 13, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 81-112.
- PEDRAZ PENALVA, E.
 - *La jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, octubre-diciembre, 1976, pág. 905-943.
 - *De la Jurisdicción como competencia a la Jurisdicción como órgano*. Rev. Ad. Pub., 1976,79, págs. 145-161.
 - *Reflexiones sobre el “Poder Judicial” y el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*, Documentación Jurídica, I/1984, número 42-44, pág. 539-578.
 - *Reflexiones sobre el Poder Judicial y el PLOPJ*, La Ley, 2-1985, pág. 1119-1144.
 - *El Gobierno de la Justicia: el Consejo General del Poder Judicial*, AAVV. Congreso Internacional de Derecho Procesal de Castilla y León, septiembre de 1994, coordinador E. PEDRAZ PENALVA, Valladolid, 1996.
- PENSKI, B.
 - *El juez en la República federal alemana: una descripción de la posición, función, independencia e imparcialidad judiciales*, Documentación jurídica, núm. 42 a 44, 1984, pág. 773-793.
- PEREZ BENITEZ, J. J.,
 - “*Jueces y Huelga*” La Ley nº 225/2009 de 5 de febrero, pág. 8-9.
- PEREZ ROYO, J.
 - *Servicios Especiales en la Carrera judicial: sobre la anticonstitucionalidad de los artículos 351 a 353 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*. LA LEY, nº 1, 1995, pág. 963-967.

- *Burdo fraude de Ley*, artículo publicado en el diario el País, Sábado 17 de enero de 2009.
- PICARDI, N.
 - “*Justicia y desarrollo democrático en Italia y América Latina*”, *Seminario de Formación e Información*, Santo Domingo, República Dominicana, 24 de noviembre a 8 de diciembre de 1989, Unicri, Publ. núm... 45, Roma, 1992.
- PICÓ I JUNOY, J.
 - *La imparcialidad objetiva del Juez a Examen*, LA LEY, Diario 4486 de 24 de febrero de 1998, núm. 1 pág. 2001-2018.
 - *Límites a la actividad docente de jueces y magistrados (Estudio del art. 389.5º LOPJ)*. Poder Judicial, nº 38, (abril-junio) 1995, pág. 241-252.
 - *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Ed. Bosch, Barcelona 1998.
- PONS GONZALEZ, M. y DEL ARCO TORRES, M.A.
 - *Separación, divorcio y nulidad matrimonial; régimen jurídico*, Granada, 1985.
- PRIETO-CASTRO, L.
 - *El autogobierno de la magistratura*, R.D.Proc. Ib., 1970, pág. 251-282.
 - *Tratado de Derecho Procesal*, Tomo I, 1952.
 - *Derecho Procesal Civil*”, Tomo I “*Tribunales españoles.*”, Madrid 1972.
 - *Derecho de Tribunales (organización, funcionamiento, gobierno)*, Ed. Aranzadi, Madrid 1986
- PROSPER WEIL
 - *Derecho Administrativo*, Reimpresión, Ed. Civitas 1989.
- POUND, R..
 - *The Spririt of the Common Law*, Boston, 1966, 2º Ed., traducción italiana, *Lo spirito Della “Common Law”*, Milan 1970.

Q

- QUINTERO OLIVARES, G.
 - *Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial*, Poder Judicial, Nº Especial, XVII, 1999. Págs. 335-360.

R

- RADBRUCH, G.
 - *Der Geist der englischen Rechts*, Göttingen, 1958, traducción italiana, Lo Spirito del diritto inglese, Milán, 1962.
- RAMOS MENDEZ, F.
 - *Derecho y Proceso*, Ed. Bosch, Barcelona 1978.
- RAMOS TAPIA, I.
 - *La interpretación del tipo de prevaricación judicial en el Estado Democrático de Derecho: Comentario a la Sentencia del Caso Gómez de Liaño*, La Ley, nº 6 1999, págs. 2005-2015.
 - *El delito de prevaricación judicial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- REBOLLO PUIG, M.
 - “A propósito de la potestad disciplinaria de los Jueces sobre Abogados y Procuradores”, Poder Judicial núm. 10.
- REBUFFA, G.
 - *La funzione giudiziaria*, Giapichelli. Turín, 3ª Edición, 1993.
- RECA, G.
 - *Inamovilidad de los Jueces*, Buenos Aires, 1933.
- REQUEJO PAGÉS, J. L.
 - “*Jurisdicción e independencia judicial*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989.
- REQUERO IBAÑEZ, J. L.
 - *Responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados. Análisis de la Ley Orgánica 16/1994 de 8 de noviembre de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Actualidad Administrativa nº 27, 3-9 Julio de 1995. Págs. 433-469.
- RIFA SOLER, J. M.
 - “*Independencia y soberanía de la función jurisdiccional*”, en *Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, Madrid 1981. Pág. 84-112.
- RODRIGUEZ AGUILERA, C.

- “*El Poder Judicial en la Constitución*”, Ed. Bosch, Barcelona 1980.
- RODRIGUEZ DEL BARCO, J.
 - *Compendio de Derecho Judicial. Organización de Tribunales*. Madrid 1962.
- RODRIGUEZ DRANGUET, A.
 - Responsabilidad e independencia del Poder Judicial, Madrid, 1930.
- RODRIGUEZ PADRON, C.
 - *La conformación del Poder Judicial*. Ed. Dijusa, Madrid 2005.
- RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C.
 - *La Huelga de los jueces*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº2, febrero de 2009, págs. 48-55.
- ROLDÁN VERDEJO, R.
 - *Los Jueces de la monarquía absoluta: su estatuto y actividad judicial; Corona de Castilla, siglos XIV-XVIII*, Ed. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de la Laguna, 1989.
- ROMERO MORENO, J. M.
 - *Proceso y Derechos Fundamentales en la España del Siglo XIX*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983.
- RUBIO TORRANO, E.
 - “*Derecho de Asociación de Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos*”, Aranzadi Civil, 2003, Tribunas, Vol I. Pág. 1843- 1845.
- RUBIO, R.
 - *La Inspección de Tribunales*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerios de Justicia, Madrid 1950.
- RUIZ PÉREZ, J.S.
 - “*El Juez protagonista: imparcialidad e independencia*”, La Ley 1984-4.
- RUIZ VADILLO, E.
 - “*La Constitución, la independencia de los Jueces y Magistrados y el acceso a la carrera judicial*”, LA LEY, 1984-4, pág. 992-996.

- *La independencia y la imparcialidad de los Jueces en la Constitución española*, Revista la Ley, nº 6, 1996, págs. 1640-1642.
- *Responsabilidad de Jueces y Magistrados: Civil, penal y disciplinaria*, Poder Judicial número especial V, 1988, pág. 115-131.

S

- SAINZ GUERRA, J.

- *La administración de justicia en España 1810/1870*. Ed. Eudema, Madrid, 1992.

- SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, F. C.

- “*El poder Judicial en la Constitución*”, en la obra colectiva *El Poder Judicial*, Vol. I. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 17-41.

-SAINZ MORENO, F.

- “*La inamovilidad judicial*”, en Revista Española de Derecho Administrativo, número 11, octubre-diciembre 1976. Ed. Civitas. Págs. 653-708.

- SALAS, R.

- *Lecciones de Derecho Público constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.

- SALVADOR RUIZ PEREZ, J.

- “*La modernización de los sistemas de selección y perfeccionamiento de los funcionarios judiciales*”, en Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial. Editora Nacional. Madrid 1983, págs. 30-63.

- SAMANES ARA, C.

- “*Calificación de Jueces y magistrados e Independencia Judicial*”, Tribunales de Justicia nº 7, 1997, pág. 747-750.

- SANCHEZ BARRILAO, J. F.

- *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*, Ed. Civitas, Madrid 2002.

- SANCHEZ BARRIOS, I.

- *Las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial*, Salamanca, 1999.

- SANCHEZ MORON, M.

- *Derecho de la Función Pública*, Cuarta edición, Ed. Tecnos, Madrid 2004.

- *Derecho de la Función Pública*, Segunda edición, Ed. Tecnos, Madrid 1997.
- SANCHEZ PEGO, F.J.
 - *La huelga en la función pública y las huelgas judiciales*, Documentación Laboral nº 42, 1992, págs. 93-125.
- SANTAMARIA DE PAREDES, V.
 - *Curso de Derecho Político*, 6ª Edición, Madrid, 1898.
- SANTI ROMANO
 - en “Poteri, potestà” en *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953. Giuffrè editores, pág. 172-194.
- SANTOS VIJANDE, J.M.
 - *Abstención y recusación de jueces y magistrados (I)*, La Ley, nº 1, 1999, págs. 1665-1687.
- SATTA, F.
 - *Diritto processuale civile*, Padova, 1973.
- SENESE, S.
 - *La magistratura italiana nel sistema político e nell’ordinamento costituzionale*, Giuffrè Editore, Milani, 1978.
- SERRA CRISTOBAL, R.
 - *El Consejo General del Poder Judicial y los nombramientos discrecionales de magistrados*, Págs. 237-275, en *El Poder Judicial*, VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, (Coordinador REVENGA SÁNCHEZ, M.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
 - “*El derecho de Asociación de los Jueces: Asociacionismo profesional y asociación del juez a asociaciones no profesionales*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 83, mayo-agosto 2008, pág. 115-145.
- SERRA DOMINGUEZ, M.
 - en *Jurisdicción*, en *Estudios de Derecho Procesal*. Ediciones Ariel. Barcelona, 1969, pág. 20-62.
- SERRANO ALBERCA, J.

- “*Comentarios al artículo 117*”, en F. GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución (segunda edición ampliada)*, Ed. Civitas, Madrid 1985. Págs. 1615-1689.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coordinador);
 - “*Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia.*”, Ed. Comares, Granada, 1998.
- SERRANO GÓMEZ, A.
 - *Derecho Penal. Parte Especial II (2). Delitos contra la colectividad.* Ed. Dickinson, 1997.
- SERRANO GONZÁLEZ, A.
 - “*Chocolate a la española: formación y afección de jueces en el siglo XIX*”, en *Università e profesión giuridiche in Europa nell’età liberale*, edición a cargo de Aldo. MAZZACANE Y Cristina VANO, Jovene, Nápoles, 1994, pág. 425-462.
- SILVA MELERO, S.
 - “*Las garantías de la independencia judicial*”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 198, enero-junio 1955, pág. 297-312.
- SOLDEVILA FRAGOSO, S.
 - *Derechos de Huelga de Jueces y Magistrados*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 1993, pág. 413-424.
- SOTO NIETO, F.
 - *Compromiso de Justicia*, Madrid, 1977.
 - *La responsabilidad penal de los Jueces y Magistrados*, La Ley, 1987-I. Pág. 927-949
- STAMLER, R.
 - *El Juez*, Ed. Cultural S.A. La Habana, 1941.
- STUART MILL, J..
 - *El gobierno representativo*, Traducción de Florentino González, Valparaíso, 1865.

T

- TAMARIT, J. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.

- en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, de QUINTERO-MORALES, 2ª edición, Ed. Aranzadi, Pamplona 2001.
- TEROL BECERRA, M. J.
 - *El Consejo General del Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1990.
- TOHARIA, J.J.
 - en “*Opinión pública y justicia. La imagen de la justicia en la sociedad española*”, CGPJ, Madrid, 2001.
 - “¿De qué se quejan los españoles cuando hablan de su administración de justicia?” en URBANO CASTRILLO, E. (Dir.): *Ética del juez y garantías procesales*, Madrid 2005, Consejo General del Poder Judicial, pág. 97-135..
- TOLIVAR ALAS, L.
 - *Derecho Administrativo y Poder Judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- TOMAS Y VALIENTE, F..
 - *Poder Judicial y Tribunal Constitucional*, Poder Judicial número XI, número especial, 1989, pág. 13-30.
 - *A orillas del Estado*. Ed. Taurus, 1996.
 - *De la administración de justicia al poder judicial*, en Jornadas sobre el Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución francesa, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid. 1990, págs. 11-32.
 - *Independencia Judicial y garantía de los derechos fundamentales, en Constitución: Escritos de introducción histórica*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid 1996, págs. 149-180.
- TOMÉ PAULE, J. (Con ALMAGRO NOSETE, J),
 - *Instituciones de Derecho Procesal*, T.I. Vol. I, Ed. Trivium, Madrid, 1993.
- TORRE CERVIGÓN, J. M.
 - *Justicia y medios de comunicación*, Poder Judicial Número Especial XVII, 1999. Pág. 307-313.
- TORRES VELA, M. y RUIZ-RICO Y RUIZ-MORÓN, J.
 - *Posición, funciones y facultades de los Presidentes de las Audiencias Provinciales en la reciente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Poder Judicial, nº 37, 1995. Pág. 241-252.

- TREVES, R.

- “*El juez y la Sociedad. Una investigación sociológica sobre la Administración de Justicia en Italia*”, Madrid, 1974.

V

- VALLDECABRES ORTIZ, M^a I.

- *Imparcialidad del Juez y Medios de Comunicación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

- VACAS GARCÍA-ALÓS, L., y MARTIN MARTIN, G.,

- *Manual de Derecho Disciplinario Judicial*, ed. Aranzadi, Madrid, 2005.

- VALENCIA MIRÓN, A.J.

- *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Comares, Granada 2002.
- *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Comares, Granada 2006.
- *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Comares, Granada 2007.

- VALLS GOMBAU, J.F.

- *La política de formación inicial para Jueces en la Escuela Judicial*, Poder Judicial, número 80, 2005, pág. 195-232.

- VARELA ORTEGA, J.

- “*Los amigos políticos*”, Alianza, Madrid, 1977
- “*Sobre la naturaleza del sistema político de la Restauración*”, en AAVV, *Nación y Estado en la España Liberal*, Editorial Noesis, Madrid, 1994. pág. 187 y ss.

- VINCENT, J,

- “*Institutions judiciaires*”, 6^a ed., Dalloz, Paris, 2001.

- VIVAS, A.

- “*La vinculación del juez a un ámbito geográfico y la conciliación de su vida familiar y profesional*”, *Jueces para la Democracia*, nº 55, marzo 2006. Pág. 27-34.

- VAZQUEZ RODRIGUEZ, J.P.

- *La abstención de los jueces y magistrados*, Tapia, núm. 67, marzo-abril, 1998.

- VAZQUEZ SOTELO J.L.

- “*Los principios del proceso civil*”, Justicia 1993, IV, pág. 599-643.

- VIVES ANTON, T.S.,

- *La responsabilidad del Juez en el Proyecto de LOPJ*, Documentación Jurídica números 45/46, enero-junio 1985, págs. 337-350.

- VAZQUEZ IRUZUBIETA, C.

- *Doctrina y jurisprudencia de la LEC*, 4ª ed. Madrid, 1989.

W

- WEBER, M.,

- *Economía y Sociedad*, traducción de Medina Echavarría y otros, 2ª edición, 3º Reimp., Vol. I., F.C.E., México, 1977.

X

- XIOL RIOS, J.A., GONZALEZ RIVAS, J.J., RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ, J.

- *Funciones disciplinarias e inspectoras del CGPJ*, en *El poder judicial y su Consejo General en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Premios Poder Judicial, CGPJ, 1990, pág. 71-89.

Z

- ZAGREBELSKY, G.

- *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Einaudi, 1992.

- ZARZALEJOS NIETO, J.

- “*El proceso penal contra jueces y magistrados (la especialidad del antejuicio)*”, Ed. Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

ANEXO I

REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA CITADA POR MATERIAS.

- **Acceso a la función pública y Carrera Judicial.**

- *Tribunal Constitucional*

- STC 50/1986 de 23 de abril (RTC 1986\50). Sala 1ª.
 - STC 193/1987 de 9 de diciembre (RTC 1987\193). Sala 2ª.
 - STC 67/1989 de 18 de abril (RTC 1989\67). Sala 2ª.
 - STC 353/1993 de 29 de noviembre (RTC 1993\353). Sala 2ª.
 - STC 93/1995 de 19 de junio (RTC 1995\93). Sala 2ª.
 - ATC 269/1995 de 2 de octubre (RTC 1995\269). Sala 1ª.
 - STC 115/1996 de 25 de junio (RTC 1996\115). Sala 1º.
 - STC 178/1998 de 14 de septiembre (RTC 1998\178). Sala 2º.

- *Tribunal Supremo.*

- STS de 13 de marzo de 1991 (RJ 1991\4117). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 20 de octubre de 1992 (RJ 1992\8485). Sala 3ª, Sección 7ª.
 - STS de 3 de diciembre de 1999 (RJ 1999\10015). Sala 3ª, Sección 7ª.
 - STS de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000\8602). Sala 3ª, Sección 7ª.
 - STS de 7 de febrero de 2003 (RJ 2003\2060). Sala 3ª, Sección 7ª.
 - STS de 7 de marzo de 2003 (RJ 2003\3062). Sala 3ª, Sección 7ª.
 - STS de 24 de marzo de 2003 (RJ 2003\3130). Sala 3ª, Sección 7ª.
 - STS de 31 de octubre de 2003 (RJ 2003\7986). Sala 3ª, Sección 7ª.

- **Asociaciones Judiciales.**

- *Tribunal Supremo.*

- STS de 7 de marzo de 2003 (RJ 2003\3062). Sala 3ª sección 7ª.

- **Cese en un destino. Permanencia.**

- *Tribunal Supremo.*

- STS de 17 de marzo de 1995 (RJ 1995\2385). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 30 de diciembre de 2002 (RJ 2003\1452). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 4 de marzo de 2003 (RJ 2003\3637). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 17 de marzo de 2003 (RJ 2003\3027). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 24 de marzo de 2003 (RJ 2003\3130). Sala 3ª. Sección 7ª.

- **Deber de respeto de Jueces y Magistrados.**
 - *Tribunal Supremo.*
 - STS de 9 de febrero de 1998 (RJ 1998\2108). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 11 de febrero de 1998 (RJ 1999\609). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 4 de septiembre de 1998 (RJ 1998\7048). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 14 de julio de 1999 (RJ 1999\6916). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 18 de julio de 2000 (RJ 2000\7093). Sala 3ª. Sección 7ª.

- **Derecho de Huelga.**
 - *Tribunal Constitucional.*
 - STC de 8 de abril de 1981 (RTC 1981\11). Pleno.

- **Distinción entre “Administración de Justicia” y “Administración de la Administración de Justicia”.**
 - *Tribunal Constitucional.*
 - STC 56/1990 de 29 de marzo (RTC 1990\56). Pleno.
 - STC 62/1990 de 30 de marzo. (RTC (1990\62). Pleno.

- **Estatuto de Jueces y Magistrados y potestad reglamentaria.**
 - *Tribunal Constitucional.*
 - STC 77/1985 de 27 de junio (RTC 1985\77). Pleno.
 - STC 60/1986 de 20 de mayo (RTC 1986\60). Pleno.
 - STC 108/1986 de 29 de julio (RTC 1986\108). Pleno.
 - STC 56/1990 de 29 de marzo (RTC 1990\56). Pleno.
 - STC 62/1990 de 30 de marzo (RTC 1990\62). Pleno.
 - STC 101/11991 de 13 de mayo (RTC 1991\101). Pleno.
 - STC 105/2000 de 13 de abril (RTC 2000\105). Pleno.

 - *Tribunal Supremo.*
 - STS de 1 de diciembre de 1995 (RJ 1995\9935). Sala 3ª. Sección 1ª.
 - STS de 22 de septiembre de 1999 (RJ 1999\10013). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 9 de febrero de 2001 (RJ 2001\1568), Sala 3ª, Sección 7ª.

- **Estatuto de Jueces y Magistrados del Tribunal Supremo**
 - *Tribunal Supremo.*
 - STS de 20 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9619). Sala 3ª, Sección 7ª.
 - STS de 7 de febrero de 2001 (RJ 2001\3901). Sala 3ª, Sección 7ª.
 - STS de 31 de enero de 2002 (RJ 2002\2943). Sala 3ª, Sección 7ª.
 - STS de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003\2403). Sala 3ª. Sección 7º.

- **Fidelidad de la Constitución. Juramento o Promesa.**

- ***Tribunal Constitucional***

- STC 101/1983 de 18 de noviembre (RTC 1983\101). Sala 1ª.
 - STC 122/1983 de 16 de diciembre (RTC 1983\122). Sala 1ª.
 - STC 8/1985 de 25 de enero (RTC 1985\8). Sala 2ª.
 - STC 119/1990 de 21 de junio (RTC 1990\119). Pleno.
 - STC 74/1991 de 8 de abril (RTC 1991\74).Sala 2ª.

- ***Tribunal Supremo.***

- STS de 17 de junio de 2002 (RJ 2002\7167). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 25 de noviembre de 2002 (RJ 2002\10511). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 17 de marzo de 2003 (RJ 2003\3115). Sala 3ª.Sección 7ª.

- **Fueros especiales.**

- ***Tribunal Constitucional.***

- STC 64/2001 de 17 de marzo, (RTC 2001\64). Pleno.
 - STC 65/2001 de 17 de marzo, (RTC 2001\65). Pleno.
 - STC 66/2001 de 17 de marzo, (RTC 2001\66). Pleno.
 - STC 68/2001 de 17 de marzo, (RTC 2001\68). Pleno.
 - STC 69/2001 de 17 de marzo, (RTC 2001\69). Pleno.

- ***Tribunal Supremo.***

- ATS de 28 de octubre de 1998 (RJ 2001\5273). Sala Especial del art. 61 LOPJ.
 - ATS de 14 de julio de 1999 (RJ 1999\7363). Sala especial del art. 61 LOPJ.

- **Funcionario. Concepto.**

- ***Tribunal Constitucional.***

- STC 1/2003 de 16 de enero (RTC 2003\1). Pleno.

- ***Tribunal Supremo.***

- STS de 19 de diciembre de 1990 (RJ 1990\10224). Sala 3ª. Sección 1ª.
 - STS de 14 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8789). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 4 de diciembre de 2001 (RJ 2002\792). Sala 3ª.Sección 7ª.

- **Honores, Tratamiento y Protocolo.**

- ***Tribunal Constitucional.***

- STC 38/1982 de 22 de junio (RTC 1982\38). Pleno.
- STC 12/1985 de 30 de enero (RTC 1985\12). Pleno.

- Tribunal Supremo.

- STS de 2 de diciembre de 1986 (RJ 1986\7103). Sala 3ª. Sección 7ª.

● **Imparcialidad judicial.**

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- STEDH de 23 de mayo de 1991, (Oberschlick vs. Austria). TEDH 1991\31
- STEDH de 25 de febrero de 1992 (Pfeifer et Plankl vs. Austria) (TEDH 1992\3)
- STEDH de 23 de abril de 1996 (Remli vs. Francia) (TEDH 1996\22)
- STEDH de 8 de febrero de 2000 (McGonell vs. Reino Unido) (TEDH 2000\67).
- STEDH de 17 de junio de 2003 (Caso Pescador Valero contra España) (TEDH 2003\27).

- Tribunal Constitucional.

- STC 47/1982 de 12 de julio (RTC 1982\47). Sala 2ª.
- ATC 111/1982 de 10 de marzo (RTC 1982\111). Sala 1ª.
- STC 113/1987 de 3 de julio (RTC 1987\113). Sala 2ª.
- STC 145/1988 de 12 de julio (RTC 1988\145). Pleno.
- STC 106/1989 de 8 de junio (RTC 1989/106). Sala 1ª.
- ATC 227/1990 de 4 de junio (RTC 1990\227). Sala 1ª.
- STC 136/1992 de 13 de octubre (RTC 1992/136). Sala 1ª.
- STC 157/1993 de 6 de mayo (RTC 1993\157). Pleno.
- STC 282/1993 de 27 de septiembre (RTC 1993\282). Sala 2ª.
- STC 372/1993 de 13 de diciembre (RTC 1993\372). Sala 2ª.
- STC 59/1994 de 28 de febrero. (RTC 1994\59). Sala 2ª.
- STC 138/1994 de 9 de mayo (RTC 1994\138). Sala 1ª.
- STC 234/1994 de 20 de julio (RTC 1994\234). Sala 1ª.
- STC 60/1995 de 13 de febrero (RTC 1995\60). Sala 1ª.
- STC 98/1997 de 20 de mayo. (RTC 1997\98). Sala 1ª.
- STC 6/1998 de 13 de enero (RTC 1998\6). Sala 1ª.
- STC 41/1998 de 24 de febrero (RTC 1998\41). Sala 1ª.
- STC 162/1999 de 14 de julio (RTC 1999\162). Sala 2ª.
- STC 11/2000 de 17 de enero (RTC 2000\11). Sala 1ª.
- STC 151/2000 de 12 de junio (RTC 2000\151). Sala 2ª.
- STC 69/2001 de 17 de marzo, (RTC 2001\68). Pleno.
- STC 140/2004 de 13 de septiembre (RTC 2004\140). Sala 2ª.

- Tribunal Supremo.

- STS de 18 de mayo de 1932 (RJ 2023). Sala 2ª.
- STS de 5 de noviembre de 1956 (RJ 1956\3430). Sala 2ª.

- STS de 2 de diciembre de 1958 (RJ 3723). Sala 2ª.
- STS de 24 de marzo de 1977 (RJ 1239) Sala 2ª.
- STS de 28 de junio de 1982 (RJ 1982\3581). Sala 2ª.
- STS de 24 de abril de 1983 (RJ 1983\2300). Sala 2ª.
- STS de 29 de abril de 1985 (RJ 1985\2144). Sala 2ª.
- STS de 29 de julio de 1988. (RJ 1988\5855). Sala 2ª.
- STS de 12 de febrero de 1991 (RJ 1991\1010). Sala 3ª. Sección 7ª.
- STS de 14 de junio de 1991 (RJ 1991\4715). Sala 3ª. Sección 7ª.
- STS de 24 de enero de 1997 (RJ 1997\1236).Sala 2ª.
- STS de 20 de mayo de 1997 (RJ 1997\3636). Sala 2ª.
- STS de 21 de junio de 1997 (RJ 1997\5275). Sala 5ª.
- ATS de 1 de octubre de 1997 (RJ 1998\928). Sala 3ª. Sección 7ª.
- STS de 30 de marzo de 1998 (RJ 1998\4239). Sala 5ª.
- STS de 30 de junio de 1998 (RJ 1998\5285). Sala 1ª.
- STS de 29 de julio de 1998 (RJ 1998\5855). Sala 2ª.
- STS de 17 de abril de 2002 (RJ 2002\7404). Sala 3ª. Sección 7ª.
- STS de 4 de julio de 2002 (RJ 2002\7916). Sala 2ª.
- STS de 22 febrero de 2002 (RJ 2002\3397). Sala 2ª.

- **Incompatibilidades.**

- ***Tribunal Constitucional.***

- STC 150/1998 de 2 de julio (RTC 1998\150). Pleno.
 - STC 127/1999 de 1 de julio (RTC 1999\127). Pleno.

- ***Tribunal Supremo.***

- STS de 28 de octubre de 1987 (RJ 1988\10203). Sala 3ª. Sección 2ª.
 - STS de 23 de abril de 1988 (RJ 1990\1355). Pleno.
 - STS de 14 de junio de 1988 (RJ 1990\1380). Pleno
 - STS de 23 de junio de 1988 (RJ 1990\1383). Pleno.
 - STS de 30 de junio de 1988 (RJ 1990\1386). Pleno.
 - STS de 18 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8013). Sala 3ª.Sección 1ª.
 - STS de 31 de enero de 1992 (RJ 1992\9). Sala 3ª. Sección 1ª.
 - STS de 6 de noviembre de 1992 (RJ 1993\1655). Sala 3ª.Sección 1ª.
 - STS de 8 de marzo de 1996 (RJ 1996\5281). Sala 3ª. Sección 1ª.
 - .STS de 26 de abril de 1996 (RJ 1996\5283). Sala 3ª. Sección 1ª.
 - STS de 20 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9619). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 31 de enero de 2002 (RJ 2002\2943). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 10 de diciembre de 2002 (RJ 2002\10731). Sala 3ª.Sección 7ª.
 - STS de 18 de diciembre de 2002 (RJ 2003\1230). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 11 de febrero de 2003 (RJ 2003\1767). Sala. 3ª.Sección 7ª.
 - STS de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003\2403). Sala 3ª. Sección 7ª.

- **Independencia Judicial.**

- ***Tribunal Constitucional.***

- STC 47/1983 de 31 de mayo (RTC 1983/47). Sala 1ª.

- STC 44/1985 de 22 de marzo (RTC 1985/44). Sala 1ª.
- STC 45/1986 de 17 de abril (RTC 1986/45). Pleno.
- STC 108/1986 de 29 de julio (RTC 1986/108). Pleno.
- STC 144/1988 de 12 de julio (RTC 1988\144). Sala 1ª.
- STC 106/1989 de 8 de junio (RTC 1989/106). Sala 1ª.
- STC 20/1990 de 15 de febrero (RTC 1990\20). Sala 1ª.
- STC 143/1991 de 1 de julio (RTC 1991\143). Sala 2ª.
- STC 136/1992 de 13 de octubre (RTC 1992/136). Sala 1ª.
- STC 204/1994 de 11 de julio (RTC 1994/204). Sala 1ª.

- Tribunal Supremo.

- STS de 24 de enero de 1991 (RJ 1991\282). Sala 2ª.
- STS de 21 de enero de 1998 (RJ 1998\80). Sala 2ª.
- STS de 27 de septiembre de 1999 (RJ 1999\7050). Sala 2ª.
- STS de 4 de marzo de 2002 (RJ 2002\3919). Sala 2ª
- STS de 16 de enero de 2003 (RJ 2003\1535). Sala 3ª Sección 7ª.
- STS de 21 de marzo de 2003 (RJ 2003\3331). Sala 3ª, Sección 7ª.

• **Independencia frente a la Sociedad y a los medios de comunicación.**

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- STEDH “Lingens” de 8 de julio de 1986 (TEDH 1986\8)
- STEDH “Barford” de 22 de febrero de 1989 (TEDH 1989\3)
- STEDH “The Observer and Guardian” de 26 de noviembre de 1991 (TEDH 1991\51).
- STEDH “Castells” contra España, de 23 de abril de 1992 (TEDH 1992\1)
- STEDH de 24 de febrero de 1997. Caso de Haes y Gijssels contra Bélgica (TEDH 1997\12).
- STEDH de 16 de septiembre de 1999 (Caso Buscemi contra Italia) (TEDH 1999\35)

- Tribunal Constitucional.

- STC 73/1982 de 2 de diciembre (RTC 1982\73). Sala 2ª.
- STC 231/1988 de 2 de diciembre (RTC 1988\231). Sala 2ª.
- STC 20/1990 de 15 de febrero (RTC 1990\20). Sala 1ª.
- STC 197/1991 de 17 de octubre (RTC 1991\197). Sala 2ª.
- STC 57/1994 de 28 de febrero (RTC 1994\57). Sala 2ª.
- STC 143/1994 de 9 de mayo (RTC 1994\143). Sala 1ª.
- STC 270/1994 de 17 de octubre (RTC 1994\270). Sala 1ª.
- STC 46/1998 de 2 de marzo (RTC 1998\46). Sala 2ª.
- STC 162/1999 de 27 de septiembre (RTC 1999\162). Sala 1ª.
- ATC de 20 de noviembre de 2002 (RTC 2002\224 AUTO). Sala 2ª.

- Tribunal Supremo.

- STS de 14 de julio de 1999 (RJ 1999\6916). Sala 3ª. Sección 7ª.

- **Juez. Condición de Juez.**

- ***Tribunal Supremo.***

- STS de 12 de junio de 2000 (RJ 2000\4774). Sala 3ª, Sección 7ª.
 - STS de 7 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9223). Sala 3ª, Sección 7ª.
 - STS de 29 de mayo de 2001 (RJ 2001\4440). Sala 3ª, Sección 7ª.
 - STS de 24 de septiembre de 2002. (RJ 2003\1684). Sala 3ª, Sección 7ª.

- **Juez Ordinario Predeterminado Por la Ley. Derecho.**

- ***Tribunal Constitucional.***

- STC 47/1982 de 12 de julio (RTC 1982\47). Sala 2ª.
 - STC 75/1982 de 13 de diciembre (RTC 1982\75). Pleno.
 - STC 31/1983 de 27 de abril (RTC 1983\31). Sala 2ª.
 - STC 47/1983 de 31 de mayo (RTC 1983\47). Sala 1ª.
 - STC 101/1984 de 8 de noviembre (RTC 1984\101). Sala 2ª.
 - STC 44/1985 de 22 de marzo (RTC 1985\44). Sala 1ª.
 - ATC 652/1986 de 23 de julio (RTC 1986\652 AUTO).Sala 1ª.
 - STC 148/1987 de 28 de septiembre (RTC 1987\148). Sala 2ª.
 - STC 95/1988 de 26 de mayo (RTC 1988\95). Sala 2ª.
 - ATC 265/1988 de 29 de febrero (RTC 1988\265 AUTO). Sala 1ª.
 - STC 55/1990 de 28 de marzo (RTC 1990\55). Pleno.
 - STC 119/1993 de 19 de abril (RTC 1993\119). Sala 2ª.

- ***Tribunal Supremo.***

- STS de 18 de febrero de 2000 (RJ 2000\873). Sala 2ª.
 - STS de 18 de enero de 2000 (RJ 2000\1226).Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 29 de febrero de 2000 (RJ 2000\3166). Sala 3ª. Sección 7ª.

- **Nombramientos.**

- ***Tribunal Supremo.***

- STS de 30 de noviembre de 1999 (RJ 2000\3202). Sala 3ª, Sección 7ª.
 - STS de 27 de noviembre de 2006 (RJ 2007\523).Sala 3ª, Sección 1ª.
 - STS de 29 de mayo de 2006 (RJ 2006\3053). Sala 3ª, Sección 1ª.
 - ATS de 27 de noviembre de 2006 (RJ 2007\524). Sala 3ª, Sección 1ª.
 - ATS de 23 de febrero de 2007 (JUR 2007\80284). Sala 1ª.
 - STS de 27 de noviembre de 2007 (RJ 2008\794). Sala 3ª, Sección 1ª.
 - STS de 21 de enero de 2008 (RJ 2008\426). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 22 de enero de 2008 (RJ 2008\586). Sala 3ª, Sección 7ª.

- **Pérdida de la condición de Juez o Magistrado.**

- ***Tribunal Supremo.***

- STS de 21 de enero de 1988 (RJ 1990\1337). Sala 2ª.
- STS de 26 de marzo de 1989 (RJ 1990\10338 y 10339). Sala 3ª. Sección 1ª.
- STS de 29 de mayo de 1989 (RJ 1989\10340). Sala 3ª. Sección 1ª.
- STS de 25 de marzo de 1995 (RJ 1999\4397). Sala 3ª. Sección 7ª.
- STS de 25 de octubre de 1995 (RJ 1995\7629). Sala 3ª. Sección 7ª.
- STS de 25 de marzo de 1996 (RJ 1996\2809). Sala 3ª. Sección 7ª.
- STS de 22 de enero de 1998 (RJ 1998\1687). Sala 3ª. Sección 7ª.
- STS de 22 de septiembre de 1999 (RJ 1999\10013). Sala 3ª. Sección 7ª.
- STS de 27 de octubre de 1999 (RJ 1999\8952). Sala 3ª. Sección 7ª.
- STS de 19 de noviembre de 1999 (RJ 1999\10051). Sala 3ª. Sección 7ª.
- ATS de 18 de enero de 2001 (RJ 2001\5683). Sala 2ª.
- ATS de 5 de febrero de 2001 (RJ 2001\5555). Sala 2ª.
- ATS de 13 de marzo de 2001 (RJ 2001\7335). Sala 2ª.
- STS de 16 de mayo de 2001, (RJ 2001\4848). Sala 3ª, Sección 7ª.
- STS de 17 de septiembre de 2002. (RJ 2002\8660). Sala 3ª, Sección 7ª.
- STS de 10 de abril de 2003 (RJ 2003\3401). Sala 3ª. Sección 7ª.
- STS de 30 de octubre de 2006. (RJ 2006\7953). Sala 3ª. Sección 7ª.

- *Tribunales Superiores de Justicia.*

- STSJ de Andalucía de 5 de diciembre de 1997 (La Ley 5481/1998) Sala de lo Civil y Penal.

● **Poder Judicial como potestad de ejercer la jurisdicción.**

- *Tribunal Constitucional.*

- STC 108 /1986 de 29 de julio (RTC 1986\108). Pleno.

- *Tribunal Supremo.*

- STS de 24 de septiembre de 2002 (RJ 2003\452). Sala 3ª. Sección 7ª.
- STS de 18 de marzo de 2003 (RJ 3029\2003). Sala 3ª. Sección 7ª.

● **Prevaricación Judicial.**

- *Tribunal Supremo.*

- STS de 14 de octubre de 1884 (RJ 1884\8287) Sala de lo Penal.
- STS de 3 de diciembre de 1930 (RJ 1930\485) Sala de lo Penal.
- STS de 23 de noviembre de 1993 (RJ 1993\8714). Sala de lo Penal.
- AUTO de 3 de noviembre de 1998 (RJ 1999\3123). Sala de lo Penal.
- AUTO de 14 de mayo de 2002 (RJ 2002\6843). Sala de lo Penal.
- STS de 26 de febrero de 2002 (RJ 2002\4592). Sala de lo Penal.

● **Régimen estatutario para la función Pública.**

- *Tribunal Constitucional.*

- STC 99/1987 de 11 de junio (RTC 1987/99). Pleno.

- **Rehabilitación. Concepto.**

- ***Tribunal Supremo.***

- STS de 29 de noviembre de 1999 (RJ 1999\9963). Sala 3ª. Sección 1ª.

- **Responsabilidad disciplinaria. Incumplimientos de deberes.**

- ***Tribunal Constitucional.***

- STC 108/1986 de 29 de julio (RTC 1986\108).Pleno.
 - STC 110/1990 de 18 de junio (RTC 1990\110). Sala 2ª.
 - STC 90/1993 de 15 de marzo (RTC 1993\90). Sala 2ª.
 - STC 38/1995 de 11 de febrero (RTC 1998\35). Sala 1ª.
 - STC 38/1998 de 17 de febrero (RTC 1998\38)..Sala 2ª

- ***Tribunal Supremo.***

- STS de 17 de julio de 1990 (La Ley 5277/1991). Sala 3ª. Sección 9ª.
 - STS de 21 de enero de 1991(La Ley 13646-R/1991). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 20 de mayo de 1992 (RJ 1992\4291). Sala 3ª. Sección 5ª.
 - STS de 11 de junio de 1992 (RJ 1992\4542). Sala 3ª.Sección 1ª.
 - STS de 14 de julio de 1995 (RJ 1995\6215). Sala 3ª. Sección 1ª.
 - STS de 24 de enero de 1997 (RJ 1997\1236). Sala 3ª. Sección 1ª.
 - STS de 21 de enero de 1998 (RJ 1998\80). Sala 2ª.
 - STS de 17 de julio de 1998 (RJ 1998\7042).Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999\5494). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 14 de julio de 1999 (RJ 1999\6916).Sala 3ª. Sección 7º.
 - STS de 14 de julio de 2000 (RJ 2000\7713). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 17 de julio de 2000 (RJ 2000\8412). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 18 de julio de 2000 (RJ 2000\7094). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 29 de mayo de 2001 (RJ 2001\4440). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 7 de febrero de 2002 (RJ 2002\2953). Sala 3ª. Sección 7ª
 - STS de 2 de marzo de 2002 (RJ 2002\1973). Sala 3ª. Sección 7ª
 - STS de 24 de septiembre de 2002 (RJ 2002\8949). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 19 de noviembre de 2002 (RJ 2002\10696). Sala 3ª. Sección 7ª
 - STS de 7 de febrero de 2003 (RJ 2003\2481). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003\2298). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 11 de marzo de 2003 (RJ 2003\2656). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 21 de marzo de 2003 (RJ 2003\3653). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 25 de marzo de 2003 (RJ 2003\3132). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 21 de abril de 2003 (RJ 2003\4923). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 5 de mayo de 2003 (RJ 2003\4706). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 4 de junio de 2003 (RJ 2003\6322). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2004\284). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 4 de mayo de 2004 (RJ 2004\3137). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 13 de julio de 2004 (RJ 2004\5359). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 13 de octubre de 2004 (RJ 2005\376). Sala 3ª. Sección 7ª.

- **Responsabilidad disciplinaria y error judicial.**

- *Tribunal Supremo.*

- STS de 22 de marzo de 1996 (RJ 1996\2789). Sala 3ª. Sección 1ª.
 - STS de 10 de julio de 1999 (RJ 1999\5769) Sala 3ª. Sección 2ª.
 - STS de 24 de septiembre de 2002 (RJ 2002\7841). Sala 1ª.
 - STS de 12 de mayo de 2003 (RJ 2003\4742). Sala 3ª. Sección 7.

- **Retribuciones y seguridad Social de Jueces y Magistrados.**

- *Tribunal Supremo.*

- STS de 21 de octubre de 2003 (RJ 2003\7253). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 3 marzo de 2006 (RJ 2006\1899). Sala 3ª. Sección 1ª.
 - STS de 23 de abril de 2007 (RJ 2007\5748). Sala 3ª. Sección 7ª.

- **Secreto de las actuaciones.**

- *Tribunal Europeo de Derecho Humanos.*

- STEDH de 24 de febrero de 1997. Caso de Haes y Gijssels contra Bélgica (TEDH 1997\12).
 - STEDH de 16 de septiembre de 1999. Caso Buscemi contra Italia (TEDH 1999\35).
 - STEDH de 28 de octubre de 1999. Caso Zielinski y Pradal & Gonzalez y otros contra Francia (TEDH 1999\51).

- *Tribunal Constitucional.*

- STC 30/1982 (RTC 1982\30). Sala 2ª-
 - STC 13/1985 (RTC 1985\13). Sala 2ª.
 - STC 30/1986 (RTC 1986\30). Sala 2ª
 - STC 96/1987 (RTC 1987\96). Sala 1ª.
 - STC 38/1988 (RTC 1988\38). Sala 1ª.
 - STC 110/1988 de 8 de junio (RTC 1988\110). Sala 1ª.
 - STC de 2 de marzo de 1998 (RTC 1998\46) Sala 2ª.
 - STC de 27 de septiembre de 1999. (RTC 1999\171). Sala 2ª.
 - STC 292/2000 de 30 de noviembre (RTC 2000\292). Pleno.
 - Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 6 de marzo de 2003 (RTC 2003\47 bis).

- *Tribunal Supremo.*

- STS de 3 de marzo de 1995 (RJ 1995\2292). Sala 3ª. Sección 1ª.
 - STS de 23 de marzo de 1998 (RJ 1998\3023). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 14 de julio de 1999 (RJ 1999\6916). Sala 3ª. Sección 7ª.

- **Sometimiento al principio de legalidad de la actividad administrativa.**

- *Tribunal Constitucional.*

- STC 43/1996 de 14 de marzo (RTC 1996\43). Pleno.

- **Suspensión de funciones de un Juez.**

- *Tribunal Supremo.*

- STS de 21 de enero de 1988 (RJ 1990\1337). Pleno.
 - STS de 11 de junio de 1992 (RJ 1992\4542). Sala 3ª. Sección 1ª.
 - STS de 29 de junio de 1992 (RJ 1992\4551). Sala 3ª. Sección 1ª.
 - STS de 8 de febrero de 2000 (RJ 2000\2640). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 6 de febrero de 2001 (RJ 2001\4419). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 17 de junio 2002 (RJ 2002\7167). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2004\284). Sala 3ª. Sección 7ª.

- **Vacaciones y licencias de Jueces y Magistrados.**

- *Tribunal Supremo.*

- STS de 18 de enero de 1996 (RJ 1996\763). Sala 3ª. Sección 1ª.
 - STS de 15 de octubre de 1997 (RJ 1997\7965). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 30 de diciembre de 2002 (RJ 2003\602). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 27 de febrero de 2003 (RJ 2003\3161). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 25 de marzo de 2003 (RJ 2003\2931). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 6 de noviembre de 2003 (RJ 2003\8040). Sala 3ª. Sección 7ª.
 - STS de 19 de octubre de 2004 (RJ 2004\7332). Sala 3ª. Sección 7ª.

- *Tribunales Superiores de Justicia.*

- STSJ Madrid Sala de lo Cont-Advo, de 24 de marzo de 2004 (EDJ 2004\20200)
 - STSJ Cast-León (Vall) Sala de lo Cont-Avo. De 25 de enero de 2005 (EDJ 20052716).

- **Vinculación del Juez a la Ley.**

- *Tribunal Constitucional.*

- STC 78/1984 de 9 de junio (RTC 1984/78). Sala 1ª.

ANEXO II

REPERTORIO DE ACUERDOS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL CITADOS ORGANIZADOS POR MATERIAS

Quisiera agradecer en estas líneas la ayuda y colaboración de Doña Begoña Álvarez Civantos, actual Consejera de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, ex-letrada del Consejo General del Poder Judicial y ex delegada Provincial en Granada de la referida Consejería, por la ayuda en la búsqueda, localización y facilitación del material que se refiere en el anexo II y III, el cual ha sido de gran utilidad para el presente trabajo.

- **Criterios y requisitos para solicitar la compatibilidad.**

- *Acuerdos del Pleno del CGPJ.*

- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 25 de septiembre de 1986.
 - Acuerdo del Pleno del CGPJ de 3 de mayo de 1989.
 - Acuerdo del Pleno del CGPJ de 21 de febrero de 1990.
 - Acuerdo nº 10 del Pleno del CGPJ de 6 de marzo de 1991.
 - Acuerdo nº 7 del Pleno del CGPJ de 9 de octubre de 1991.
 - Acuerdo del Pleno del CGPJ de 9 de enero de 1996.
 - Acuerdo del Pleno del CGPJ de 2 de agosto de 1996.
 - Acuerdo del Pleno del CGPJ de 10 de diciembre de 1997.
 - Acuerdo del Pleno del CGPJ de 11 de mayo de 1998.
 - Acuerdo del Pleno del CGPJ de 24 de febrero de 1999.
 - Acuerdo del Pleno del CGPJ de 12 de enero de 2000.
 - Acuerdo del Pleno del CGPJ de 27 de marzo de 2000
 - Acuerdo del Pleno del CGPJ de 5 de junio de 2000.
 - Acuerdo del Pleno del CGPJ de 20 de febrero de 2002.
 - Acuerdo del Pleno del CGPJ de 6 de marzo de 2002.
 - Acuerdo nº 9 del Pleno del CGPJ de 4 de julio de 2002.

- *Acuerdos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial.*

- Acuerdo de la Comisión Permanente de 14 de marzo de 1999
 - Acuerdo de la Comisión Permanente de 8 de junio de 1999.
 - Acuerdo de la Comisión Permanente de 21 de diciembre de 1999
 - Acuerdo de la Comisión Permanente de 11 de enero de 2000.
 - Acuerdo de la Comisión Permanente de 18 de enero de 2000.
 - Acuerdo de la Comisión Permanente de 8 de febrero de 2000.
 - Acuerdo nº 36 de la Comisión Permanente de 12 de febrero de 2000
 - Acuerdo de la Comisión Permanente de 15 de febrero de 2000
 - Acuerdo nº 57 de la Comisión Permanente de 15 de febrero de 2000
 - Acuerdo de la Comisión Permanente de 29 de febrero de 2000
 - Acuerdo nº 33 de la Comisión Permanente de 6 de marzo de 2000.

- Acuerdo de la Comisión Permanente de 7 de marzo de 2000.
- Acuerdo n° 19 de la Comisión Permanente de 16 de mayo de 2000.
- Acuerdo n° 30 de la Comisión Permanente de 23 de noviembre de 2001.
- Acuerdo n° 31 de la Comisión Permanente de 23 de noviembre de 2001.
- Acuerdo de la Comisión Permanente de 17 de abril de 2004.

- **Incompatibilidades de Jueces y Magistrados.**

- *Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.*

- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 25 de septiembre de 1986.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 5 de noviembre de 1986.
- Acuerdo n° 6 del Pleno del CGPJ de 19 de noviembre de 1986.
- Acuerdo n° 9 del Pleno del CGPJ de 17 de diciembre de 1986.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 11 de julio de 1990.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 6 de noviembre de 1990.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 19 de febrero de 1991.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 6 de marzo de 1991.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 10 de abril de 1991.
- Acuerdo n° 18 del Pleno del CGPJ de 10 de julio de 1991.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 25 de marzo de 1992.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 22 de abril de 1993.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 21 de diciembre de 1994.
- Acuerdo n° 27 del Pleno del CGPJ de 13 de diciembre de 1995
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 17 de noviembre de 1999
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 15 de diciembre de 1999.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 27 de junio de 2000.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 22 de marzo de 2002.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 17 de junio de 2002.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 19 de junio de 2002.

- *Acuerdos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial.*

- Acuerdo n° 19 de la Comisión Permanente de 16 de mayo de 2000.
- Acuerdo n° 30 de la Comisión Permanente de 23 de noviembre de 2001.
- Acuerdo n° 31 de la Comisión Permanente de 23 de noviembre de 2001.
- Acuerdo n° 36 de la Comisión Permanente de 12 de febrero de 2002.
- Acuerdo n° 21 de la Comisión Permanente de 26 de junio de 2002
- Acuerdo n° 17 de la Comisión Permanente de 9 de diciembre de 2002.
- Acuerdo n° 27 de la Comisión Permanente de 2 de abril de 2003.
- Acuerdo n° 47 de la Comisión Permanente de 8 de abril de 2003.
- Acuerdo n° 47 de la Comisión Permanente del CGPJ de 4 de marzo de 2003.

- **Independencia de los órganos de Gobierno del Poder Judicial.**

- *Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.*

- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 21 de julio de 1993.

- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 22 de diciembre de 1993.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 12 de enero de 1994.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 17 de noviembre de 1994.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 25 de enero de 1995.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 18 de diciembre de 1996.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 15 de enero de 1997.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 19 de julio de 2001.

- Acuerdos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial.

- Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 3 de junio de 1997.

• Independencia frente a otros poderes del Estado. (Intromisiones por parte de autoridades e instituciones).

- Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 21 de julio de 1993.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 12 de julio de 1995.

- Acuerdos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial.

- Acuerdo de la Comisión Permanente de 12 de noviembre de 1996.
- Acuerdo de la Comisión Permanente de 3 de abril de 1997.
- Acuerdo de la Comisión Permanente de 13 de mayo de 1997.
- Acuerdo de la Comisión Permanente de 2 de septiembre de 1997.

• Independencia respecto de las partes procesales y del objeto litigioso.

- Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 25 de marzo de 1992.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 5 de Mayo de 1993.

- Acuerdos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial.

- Acuerdo de la Comisión Permanente de 26 de noviembre de 1996.

• Independencia del juez respecto de sus superiores y de otros órganos del Poder Judicial.

- Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 26 de febrero de 1992.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 24 de marzo de 1993.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 16 de junio de 1993.

- Acuerdos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial.

- Acuerdo de la Comisión Permanente de 3 de diciembre de 1996.
- Acuerdo de la Comisión Permanente de 11 de diciembre de 1996.

• Independencia frente a la Sociedad y a los medios de comunicación.

- Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 15 de enero de 1997.

- Acuerdos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial.

- Acuerdo de la Comisión Permanente de 3 de abril de 1997.

• Licencias de Jueces y Magistrados.

- Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 23 de diciembre de 2008.

- Acuerdos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial.

- Acuerdo de la Comisión Permanente de 10 de noviembre de 1999.
- Acuerdo de la Comisión Permanente de 19 de junio de 2002.
- Acuerdo de la Comisión Permanente de 29 de enero de 2003.
- Acuerdo de la Comisión Permanente de 11 de marzo de 2003.
- Acuerdo nº 8 bis de la Comisión Permanente de 18 de marzo de 2003.
- Acuerdo de la Comisión Permanente de 2 de abril de 2003.
- Acuerdo de la Comisión Permanente de 21 de mayo de 2003.
- Acuerdo nº 46 de la Comisión Permanente de 3 de junio de 2003.
- Acuerdo nº 48 de la Comisión Permanente de 3 de junio de 2003.
- Acuerdo de la Comisión Permanente de 2 de julio de 2003.

• Nombramiento de Jueces y Magistrados.

- Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 17 de enero de 2007.
- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 25 de junio de 2008

• Pérdida de la condición de Juez o Magistrado.

- Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

- Acuerdo nº 8 del Pleno del CGPJ de 16 de julio de 1997.

- **Rehabilitación de Jueces y Magistrados.**

- *Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.*

- Acuerdo nº 19 del Pleno del CGPJ de 9 de octubre de 1996.
 - Acuerdo del Pleno del CGPJ de 28 de julio de 1999.
 - Acuerdo nº 6 del Pleno del CGPJ de 8 de mayo de 2002.

- **Retribuciones de Jueces y Magistrados.**

- *Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.*

- Acuerdo del Pleno del CGPJ de 3 de diciembre de 2003.

ANEXO III

**INFORMES, INSTRUCCIONES, ACUERDOS DEL JEFE DE INSPECCIÓN Y
GUÍAS DE CRITERIOS CITADAS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER
JUDICIAL.**

- **INFORMES**

Informe	Referencia sobre su contenido
Informe de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial de 3 de abril de 1997	De la incapacidad permanente generadora de la jubilación en los Jueces y Magistrados. (Ver Acuerdo del Pleno del CGPJ de 15 de julio de 1992).

- **INSTRUCCIONES.**

Instrucción	Referencia sobre su contenido
Instrucción núm. 1/2003 de 15 de enero, del Pleno del CGPJ	Sobre régimen de sustituciones, Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos
Instrucción núm. 2/2003 de 26 de febrero del Pleno del CGPJ	Sobre Código de Conducta para Usuarios de equipos y sistemas informáticos al Servicio de la Administración de Justicia.

- **ACUERDOS DEL JEFE DEL SERVICIO DE INSPECCIÓN.**

Acuerdos del Jefe del Servicio de Inspección	Referencia sobre su contenido
Acuerdo del Jefe del Servicio de Inspección de 3 de mayo de 2002.	Este acuerdo regula la sección de informes integrada en la Jefatura del Servicio de inspección.
Acuerdo de la Jefatura del Servicio de Inspección adoptado el 13 de junio de 2002	Regula la sección de organización y gestión integrada en la Jefatura del Servicio de Inspección.

- **GUIAS DE CRITERIOS DEL SERVICIO DE INSPECCIÓN DEL CGPJ.**

Guía de Criterios	Aprobación
Para la realización de inspecciones ordinarias	Aprobada por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión de 15 de diciembre de 1999.
Para la realización de Alardes.	Aprobada por el Pleno del CGPJ de 8 de marzo de 2000.
Para la autorización de compatibilidades docentes.	Aprobada por el Pleno del CGPJ de 8 de marzo de 2000.
Sobre conocimiento y control de la Actividad de Magistrados suplentes y Jueces sustitutos.	Aprobadas por el Pleno del CGPJ de 8 de marzo de 2000.
Para la realización de Visitas de Conocimiento.	Aprobada por el Pleno del CGPJ de 22 de marzo de 2000.
Guía de Coordinación con las funciones inspectoras de los Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia.	Aprobada en el Pleno de 28 de junio del año 2000.
Guía sobre proyectos de análisis y evolución.	Aprobada por el Pleno del CGPJ de 7 de marzo de 2001.
Guía de unificación de Criterios con relación a los Planes de urgencia.	Aprobada por el Pleno del CGPJ en su reunión de 8 de marzo de 2000.

