

Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 31 de Mayo de 2017 (rec.88/2012)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Cuarta

Sentencia núm. 968/2017

Fecha de sentencia: 31/05/2017

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a) Número del procedimiento: 88/2017 Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Fecha de Votación y Fallo: 16/05/2017 Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo Procedencia: CONSEJO MINISTROS Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez Transcrito por: PMS Nota:

Resumen

Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017 por el que se establecen pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

REC. ORDINARIO(c/a) núm.: 88/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMOSala de lo Contencioso-Administrativo Sección Cuarta Sentencia núm. 968/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis María Díez Picazo Giménez, presidente,

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez,

D. José Manuel Sieira Míguez,

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva,

D.^a Celsa Pico Lorenzo,

D.^a María del Pilar Teso Gamella,

D. José Luis Requero Ibáñez,

D. César Tolosa Tribiño,

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 31 de mayo de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo núm. 88/17 interpuesto por la procuradora de los tribunales D^a Teresa Castro Rodríguez en nombre y representación de Asociación Jueces para la Democracia contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017 por el que se establecen pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ha sido parte recurrida la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la Asociación Jueces para la Democracia se interpone recurso contencioso administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017 por el que se establecen pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos publicado en el Boletín Oficial del Estado de 31 de enero de 2017 mediante resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Públicas de fecha 25 de enero de 2017, el cual fue admitido por la Sala y reclamado el expediente administrativo, una vez recibido se entregó a la recurrente, para que formalizase la demanda dentro del plazo de veinte días, lo que verificó con el oportuno escrito en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del acuerdo de 20 de enero de 2017, en cuanto establece como requisito "no superar la edad de 61 años en la fecha límite para la presentación de candidaturas".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado mediante escrito de 27 de marzo de 2017 contesta la demanda y suplica se dicte resolución que inadmita el recurso y subsidiariamente la desestimación del recurso, con imposición de costas a la entidad recurrente.

El Ministerio Fiscal mediante escrito de 28 de marzo de 2017 formula alegaciones y suplica se dicte sentencia que estime parcialmente la demanda en el sentido de declarar que la expresión "no superar la edad de 61 años en la fecha límite para la presentación de candidaturas" incluida en el apartado Sexto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de enero de 2017, en cuanto impide a priori y en términos absolutos que todos los mayores de 61 años puedan ser incluidos en la propuesta dirigida por el Estado español a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa para la provisión del cargo de Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vulnera el *artículo 14 de la Constitución* ; procediendo, en consecuencia, la anulación de dicha expresión. La desestimación de la demanda en todo lo demás.

TERCERO.- Recibido el procedimiento a prueba y concluidas las actuaciones, por providencia de 18 de febrero de 2017 se señaló para votación y fallo el 16 de mayo de 2017, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

CUARTO.- Producida la deliberación en la fecha prevista y llegado el momento de la votación y fallo no se alcanzó una decisión por mayoría sobre los

pronunciamientos de derecho que debían hacerse, por lo que se volvió a discutir y a votar sobre los puntos en que habían disentido los votantes, y al no obtenerse acuerdo, por el Excmo. Sr. Presidente de la Sección se dirigió oficio al Exmo. Sr. Presidente de la Sala para que de conformidad con lo dispuesto en el *art. 262.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, y planteada discordia la misma se resolverá mediante celebración de nueva vista concurriendo a ella los Magistrados que hubieran asistido a la primera, aumentándose en dos más, lo que tuvo lugar el 23 de mayo de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la Asociación Jueces para la Democracia interpone recurso contencioso-administrativo 88/2017, por medio del procedimiento de protección de derechos fundamentales, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017 por el que se establecen pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 31 de enero de 2017 mediante resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Públicas de fecha 25 de enero de 2017.

1. En primer lugar defiende su legitimación activa, conforme a sus Estatutos más lo vertido en las SSTS de 28 de junio de 1994, recurso 7105/1992 (*impugnación nombramiento Fiscal General del Estado*) de 27 de octubre de 2008, recurso 366/2007 (*impugnación propuesta de jueces del TEDH*) en que se reconoció legitimación a asociaciones judiciales. Adiciona otras SSTS (4 febrero de 2016 y 7 de marzo 2003) y STC (24/2001, 29 de enero) referidas a distintas asociaciones de funcionarios en sentido análogo.

2. Entrando ya en el fondo aduce que el Acuerdo recurrido introduce una discriminación por razón de edad que vulnera el *art. 14. CE* al impedir la concurrencia de las personas mayores de 61 años que reúnan los requisitos exigidos por el *art. 21 CEDH* lo que también vulnera el *23.2 CE*. Defiende que mientras no entre en vigor el protocolo nº 15 no hay límite de edad.

Tras referirse a las Líneas Maestras sobre el procedimiento de selección de candidatos al puesto de *juez titular del TEDH* de 29 de marzo de 2012, indica que la razón esgrimida para exigir, como requisito para la presentación de candidaturas, no superar los 61 años de edad, es que los Jueces del TEDH agoten su mandato de 9 años, de forma que el proceso de selección, metódico y complejo, se realice cada nueve años, y no con periodicidad inferior, como podría ocurrir si el Juez elegido no completara su mandato, lo que no acredita el carácter justificado de la utilización de la edad como criterio de diferenciación.

Parte de que la legislación reguladora de las condiciones de acceso al cargo (CEDH, incluidos los protocolos vigentes) no establece requisito alguno de edad para ser nombrado Juez del TEDH: el mandato de Juez de TEDH durará como máximo 9 años y finalizará cuando cumpla 70 años (aunque permanecerán en su cargo hasta su sustitución).

Alega que sólo se establece, *art. 21 CEDH*, como requisito para ser elegido gozar de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia.

Sostiene que, sin habilitación legal, que sólo podría proceder del propio CEDH,

el Consejo de Ministros, ha establecido un requisito que impide el acceso al cargo de Juez de TEDH a todos/as los que a pesar de cumplir los requisitos de acceso superen los 61 años al finalizar el plazo, que fijará la Administración en cada caso, para presentar candidaturas.

Señala que en la exposición de motivos del acuerdo recurrido consta que el interés de los Estados Contratantes es asegurar la adecuada cualificación de los candidatos.

Adiciona que la doctrina del Tribunal Constitucional relativa al principio de igualdad y a las prohibiciones de discriminación (*art. 14 CE*) se recoge, entre otras, en las *SSTC de fecha 6 de junio de 2011, nº 79/2011* , y de *4 de julio de 2011, nº 117/2011* . Sostiene que la edad es una de las circunstancias a las que alcanza la prohibición de su utilización como factor diferenciador que no se acomode a las rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad.

Indica que la conclusión sobre su constitucionalidad dependerá de la valoración que se haga de las razones esgrimidas por la Administración para la justificación del distinto tratamiento que el Acuerdo del Consejo de Ministros otorga a los mayores de sesenta y un años.

Resalta la contradicción existente en el expediente administrativo. Los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Justicia y de la Presidencia y para la Administración Pública proponen como requisito que los candidatos no superen 65 años en la fecha límite de presentación de candidaturas. Ello introduce una primera duda sobre la justificación del distinto tratamiento que fundamenta la conclusión de desproporción de la medida.

Partiendo de que no está en vigor, y por tanto no existe limitación de edad en la normativa reguladora (Protocolo nº 15 adoptado el 16 de Mayo de 2013) pone de manifiesto lo desproporcionado de la edad establecida: 61 años en el momento que finalice el plazo para presentar candidaturas frente a los 65 años de edad en la fecha en que la lista de tres Candidatos sea solicitada por la Asamblea Parlamentaria.

Recalca que el Informe de la Subsecretaria de Justicia, presentado junto al expediente administrativo, afirma que la recomendación del Comité de Ministros de 29 de marzo de 2012 establece un criterio de mínimos al decir "al menos" que los Estados, dentro de su margen discrecional, pueden hacer más exigente.

Subraya que las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa no son normas legales para afectar derechos fundamentales.

Adiciona que si los Estados pudieran establecer un requisito de acceso al cargo de Juez del TEDH que introdujera como factor diferenciador la edad, de acuerdo con el ordenamiento legal y la jurisprudencia española, ello estaría reservado a ley por afectar a un derecho fundamental.

Concluye que el Comité de Ministros de 29 de marzo de 2012 recomienda establecer, como uno de los criterios de elección de entre los candidatos que acrediten la alta cualificación exigida por el *art. 21 CEDH* , la posibilidad de cumplir, en atención a la edad del candidato, la mitad del mandato (4 años y medio). Recalca que esas recomendaciones son criterios de valoración de las candidaturas pero no establecen requisitos no previstos en la ley.

Destaca que el Comité de Ministros persigue contribuir a una Corte de composición estable y experimentada, pero sin merma de las posibilidades de contar con los Jueces más cualificados.

Así lo deduce de (i) la propia redacción del criterio que lo prevé con carácter general por lo que será subsidiario a otras circunstancias de especial valoración y (ii) del análisis de los dos ejemplos de buenas prácticas que el propio Comité de Ministros expone en el memorándum explicativo que obra en el expediente administrativo (Criterio 11.5):

- Entre solicitantes de igual mérito; Se daría preferencia al solicitante que pudiera prestar la totalidad o al menos una mayor parte del mandato (Países Bajos).

- Se podrá preguntar a los solicitantes que no estén en condiciones de cumplir un mandato completo si creen que podrían contribuir de manera significativa a las actividades de la Corte (Reino Unido).

Además debe conjugarse con la necesidad de incluir en las listas personas de ambos sexos con la finalidad de conseguir un equilibrio desde la perspectiva de género que en la actualidad no existe por estar infra-representadas las mujeres. A su entender, el establecimiento del requisito de no superar los 61 años de edad impediría presentarse y valorar como especial aportación de una solicitante, en igualdad de méritos, el ser mujer, colectivo respecto al que se incrementa el impacto

discriminatorio a ser el número de mujeres con el nivel de solvencia exigido todavía hoy inferior al de hombres.

Señala que el antes referenciado Informe de la Subsecretaria de Justicia explica las razones por las que el Consejo de Ministros considera aconsejable que los candidatos estén en condiciones de cumplir los 9 años de mandato: *"La ratio que subyace a la decisión adoptada por el ejecutivo español se dirige a garantizar que el juez pueda cumplir el mandato completo, promoviendo así su inamovilidad e independencia frente a posibles cambios del ejecutivo. Con esta medida se garantiza y se permite que los jueces altamente cualificados según exige el convenio, que hayan sido designados por la Asamblea Parlamentaria de acuerdo con el art. 22 del Convenio, desempeñen sus funciones durante todo el periodo de nueve años para el que ha sido nombrados, y se coadyuva adicionalmente a la estabilidad en la composición del TEDH"*

Refuta tal informe:

(i) La garantía de la inamovilidad e independencia frente a posibles cambios del ejecutivo la establece el propio Convenio en su artículo 23.4: *"Un juez sólo podrá ser relevado de sus funciones si los demás jueces deciden, por mayoría de dos tercios, que dicho juez ha dejado de reunir las condiciones requeridas para serlo."*

El Acuerdo impugnado no aporta garantía adicional alguna.

(ii) No es adecuada para cumplir su objetivo de garantizar que los Jueces del TEDH agoten su mandato de 9 años. Nada impide al Juez del TEDH dejar voluntariamente su cargo.

(iii) En relación al alcance de la contribución que el requisito impugnado aporta

a la estabilidad en la composición del TEDH es mínima e innecesaria. De entre los candidatos presentados a igualdad de méritos siempre se puede elegir a aquél que más posibilidades por edad tenga de cumplir todo o la mayor parte del mandato de 9 años.

(iv) No es proporcional. Una cosa es que al agotamiento del mandato resulte "particularmente aconsejable" para el Consejo de Ministros y otra es que tal propósito se traduzca en un requisito excluyente por razón de edad.

Sostiene que el requisito no se encuentra razonablemente justificado, y es desproporcionado al suponer la exclusión absoluta como candidatos/as de un gran número jurisconsultos de reconocida competencia y de Magistrados/as adecuados para el ejercicio de altas funciones judiciales.

Concluye implica una discriminación por razón de la edad lo que no es constitucionalmente admisible por vulnerar los *artículos 14 y 23.2 de la CE* .

3. Como segundo argumento de fondo sostiene que el Acuerdo conlleva una discriminación indirecta por razón de género (*STC 3/2007, de 15 de febrero*) pues :

(a) Infringe el derecho a la igualdad estableciendo una discriminación directa por razón de la edad.

(b) Aunque está formulada de un modo neutro, su efecto desfavorable incide de un modo particularmente significativo, en atención a su infra representación en el TEDH, en el grupo social integrado por mujeres juristas.

(c) La medida no obedece a ninguna política social de Estado y carece de justificación por alguna circunstancia objetiva ajena por completo a criterios discriminatorios.

Entiende que son muchas menos las mujeres juristas que reúnen los requisitos exigidos por el *art. 21 CEDH* por lo que el acuerdo al establecer la edad máxima en 61 años perjudica especialmente a las mujeres.

Analiza los datos del CGPJ sobre la estructura de la carrera judicial a 1 de enero de 2016. Concluye que los hombres son mayoría en los más altos órganos judiciales, precisamente donde se encuentran la mayor parte de los candidatos que pueden reunir las condiciones necesarias para "el ejercicio de altas funciones judiciales" exigidas por el *art. 21.1 del Convenio de Roma* .

Adiciona que en la docencia universitaria ocurre el mismo fenómeno.

Entiende que el establecimiento de una edad máxima tendrá más impacto en las mujeres como grupo social, porque su presencia en las altas funciones judiciales o en la docencia esta desequilibrada respecto a la de los hombres.

Pone de relieve que la composición del TEDH es notablemente desequilibrada entre mujeres y hombres así como que el Convenio de Roma articula instrumentos para obtener una deseada paridad de géneros entre sus jueces.

4. Concluye su argumentación invocando como tercer argumento de fondo la vulneración del *art. 23.2 CE* .

Defiende que el Acuerdo impugnado excede a la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros (*art. 97 CE*), al establecer, sin cobertura legal requisitos para participar en el proceso selectivo, que en su día se convoque, lo que contraviene lo dispuesto en el *art. 23.2 CE* .

Recalca que la única ley reguladora es el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que no establece requisito de edad.

El *CEDH establece en su art. 20* que dicho Tribunal se compondrá de un número de Jueces igual al de las Altas Partes Contratantes, en su *art. 21.1* que "*Los Jueces deberán gozar de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia* ", en su *art. 22* que "*Los Jueces serán elegidos por la Asamblea Parlamentaria en razón de cada Alta Parte Contratante, por mayoría absoluta de votos, de una lista de tres candidatos presentada por esa Alta Parte Contratante*", y en su *art. 23.1 y 2* que "*Los jueces serán elegidos por un periodo de nueve años. No serán reelegibles*", y que "*El mandato de los jueces finalizará cuando alcancen la edad de 70 años*".

Arguye que las directrices acordadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 29 de marzo de 2012 sobre la selección de candidatos para el puesto de Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos están dirigidas a los estados signatarios del Convenio de Roma. De las mismas se desprende que los Estados signatarios del Convenio han de establecer, conforme a su propia legislación, los procedimientos correspondientes a los mismos fines. Mas no otorgan habilitación al Gobierno para dictar reglamentos de desarrollo.

Concluye que las *SSTC 47/1990 y 209/1987* , señalan que el alcance de la reserva de ley para el citado *art. 23.2 CE* , como garantía de una situación jurídica de igualdad, es compatible con un reglamento que la complemente, pero no admite el supuesto en que una norma reglamentaria restrinja los derechos de participación establecidos por la Ley, añadiendo requisitos nuevos y más gravosos.

Finalmente indica que aunque el Acuerdo del Consejo de Ministros se ampara "en el ejercicio de la potestad discrecional que le corresponde para proponer candidatos a las más altas funciones jurisdiccionales internacionales" sostiene que dicha potestad lo es para proponer la terna de candidatos, no para modificar la ley mediante la potestad reglamentaria.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado interesa en primer lugar la inadmisibilidad del recurso y, subsidiariamente, su desestimación.

1. Niega la legitimación, *art. 19.1. LJCA* , a la recurrente (*SSTS 26 de enero de 2012, recurso 545/2010 , 8 de marzo de 2017, recurso 445/2016 , 13 de julio de 2016, recurso 2542/2015*) por ausencia de interés legítimo y ser mera defensora de la legalidad.

Insiste en que el puesto de juez europeo no se reserva a jueces de carrera sino que es un puesto abierto a juristas.

Recalca que no hay, como dice la *Sentencia de 13 de julio de 2016 (rec.*

2542/2015), una relación material y unívoca entre la asociación recurrente y el acto impugnado, pues su anulación no produce automáticamente ningún beneficio para la entidad recurrente.

Concluye que en el mejor de los casos nos encontraríamos con un interés difuso que reputa insuficiente para fundamentar la legitimación "ad causam" de la asociación recurrente, de acuerdo con la jurisprudencia invocada.

2. Rechaza el pretendido quebranto del principio de igualdad por regular una edad máxima.

Defiende que el establecimiento de dicho condicionante está dentro del margen de libertad que el CEDH atribuye al Gobierno.

Señala que las afirmaciones sobre el carácter discriminatorio quedan sin sustento, si se tiene en cuenta que el propio CEDH establece un límite de edad (70 años) para permanecer en el puesto (artículo 23.2 CEDH). Y el Comité de los Ministros del Consejo de Europa considera que la edad de los candidatos es una cuestión relevante al establecer la recomendación (punto II, 5 del acuerdo del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de marzo de 2012, que redactó la guía para la selección de candidatos al puesto de juez del TEDH), de que no se incluyan en las propuestas candidatos que, no puedan cumplir por lo menos la mitad del mandato de 9 años hasta llegar a la edad límite de 70 años.

Defiende que si el CEDH considera la edad un factor relevante para ocupar el puesto y si el Comité de Ministros del Consejo de Europa efectúa una recomendación es indudable que la fijación de un límite de edad para ser incluido en dichas candidaturas no puede considerarse discriminatorio.

Adiciona que el establecimiento de un límite de edad para acceder a determinados puestos es un requisito frecuentemente establecido para acceder a los organismos internacionales.

Por ello, no considera que la fijación de unas condiciones de edad carezca de una justificación objetiva y razonable, toda vez que la misma se encuentra en línea con las exigencias y requisitos establecidos en el propio CEDH y en los Protocolos y Recomendaciones dictados en desarrollo del mismo.

Reputa ligada a la estabilidad e independencia de los miembros del TEDH la necesidad de asegurar que tales miembros puedan agotar su mandato de 9 años, hasta la jubilación obligatoria a los 70 años (artículo 23.2 del Convenio).

Indica que la evolución normativa en esta materia ha sido clara. Tras el Protocolo nº 11, el mandato de los jueces era de 6 años.

Añade que para conferir mayor estabilidad en el Protocolo nº 14 se amplió la duración del mandato a 9 años. En su "Explanatory Report" se insiste en la necesidad de dar estabilidad a los miembros del TEDH, como medio para garantizar su independencia e imparcialidad y en la conveniencia de que cumplan el mandato completo, destacando la abolición del sistema anterior de elección o renovación de jueces por periodos inferiores a 9 años.

Indica que en el punto 53, dicho "Explanatory Report" señala que los párrafos 1

y 2 del artículo 23 no pueden ser entendidos en el sentido de que impidan a un Estado proponer a candidatos de edad superior a 61 años y añade que: *"Al mismo tiempo, se recomienda, con carácter general, a las Altas Partes Contratantes que eviten proponer a candidatos quienes, debido a su edad, no serían capaces de desempeñar sus funciones durante al menos la mitad del mandato de 9 años antes de alcanzar la edad de 70 años"*.

Subraya que el Protocolo nº 15 de reforma del CEDH, de 24 de junio de 2013, no se encuentra vigente.

Sostiene que el Acuerdo es conforme con el principio de libertad del CEDH que encomienda a los Estados la regulación de esta materia y a la vez cumple con la finalidad de lograr que los candidatos designados puedan desarrollar la totalidad del mandato de 9 años para el que son nombrados.

Razona que la fijación de unas condiciones de edad obedece a una finalidad razonable, es objetiva y está en relación directa con dicha finalidad, además está en armonía con el ámbito de libertad y con las facultades discrecionales que el CEDH atribuye a los Estados.

Recuerda lo señalado en el Auto de 17 de septiembre de 2007 (rec. 366/2007, FJ.7) sobre que es una finalidad perfectamente legítima y razonable la designación de candidatos al puesto de juez del TEDH que se hallen en condiciones de cumplir en plenitud su mandato y de completar el periodo total del mismo.

3. Tampoco acepta que la presencia en el ámbito judicial y universitario de las mujeres es inferior en las franjas de mayor edad.

Desde un punto de vista abstracto reputa evidente que el Acuerdo afecta del mismo modo a los posibles candidatos, con independencia de su sexo. Sin embargo, desde un punto de vista concreto, su afectación es, sin duda, mucho más intensa para los hombres, por la simple razón de su mayor percentil en la franja de edad considerada por el acuerdo.

Adiciona que el Acuerdo, al establecer como regla general, la inclusión de mujeres en la propuesta de terna que será elevada al Consejo de Ministros, es conforme con la recomendación de la guía elaborada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de marzo de 2012, para la selección de candidatos para el puesto de Juez del TEDH.

4. Rechaza se vulnere el principio de legalidad.

Defiende que el Acuerdo debe de entenderse dentro del ámbito propio de las facultades que el CEDH atribuye el Gobierno para la elección de los candidatos que juzgue más conveniente apoyada en el *artículo 97 de la CE* .

Defiende que así ha sido declarado por la *STS de 27 de octubre de 2008 (rec. 366/2007 , FJ.6)* al señalar que: *"Consideramos que se ha cumplido el procedimiento previsto por el CEDH mediante una actuación del Gobierno que cuenta con la cobertura de los artículos 97 de la Constitución y 5 de la Ley 50/1997 y se plasma en un acuerdo del*

Consejo de Ministros, adoptado a propuesta de los de Asuntos Exteriores y

Justicia y dotado de una motivación justificativa del cumplimiento por los candidatos propuestos de los requisitos exigidos por la norma internacional que regula el procedimiento electivo".

TERCERO.- El Ministerio Fiscal interesa la estimación parcial de la pretensión.

1. Se expone acerca de la legitimación de la recurrente . No la cuestiona al entender que la asociación recurrente es titular de un interés legítimo en consonancia con lo vertido en la *STC153/2007, de 18 de junio* .

Aplica "mutatis mutandis" esa doctrina al ámbito de las asociaciones profesionales del *art. 127 CE* , con apoyo en las sentencias citadas en el escrito de demanda.

Añade que lo relevante aquí es que la defensa de los intereses profesionales se canaliza a través del procedimiento especial para la tutela de derechos fundamentales que no contienen normas especiales sobre legitimación. Recuerda que el Tribunal Constitucional ha dicho que un sindicato puede defender las personas innominadas concernidas por las bases de la convocatoria (*STC 24/2001*).

Defiende que cualquier posible duda sobre el alcance de la doctrina acabada de citar habría de ser solventada, en el contexto de este procedimiento especial, mediante la aplicación del principio "*pro actione*", como viene haciendo la Sala Tercera en relación con los problemas de legitimación (*STS 6 de marzo de 2017, rec. 386/2017* (sic), en realidad recurso 4016/2014 pues 368/217 es el número de la sentencia) y más específicamente los vinculados a la acreditación de un interés legítimo suficiente para recurrir (*SSTS 13 de noviembre de 2007* ,

rec. 8719/2004; 9 de diciembre de 2010, rec. 94/2009, 14 de febrero de 2011, rec. 111/2009).

2. Analiza la pretendida discriminación, *art. 14. CE* , también desde la perspectiva del *art. 23.CE* .

Resalta determinados pasajes de la *STS 27 de octubre de 2008 (recurso 366/2007)* que descartaba el quebranto del *art. 23. CE* . Y los pasajes de la citada sentencia de 2008 que reproduce le permiten entender que el ámbito de aplicación del *art. 23.2 se reducía al cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales en que debe encuadrarse el ejercicio de una facultad discrecional del Consejo de Ministros. No reputa baladí la cita del art. 97 de la CE* y de la Ley del Gobierno como marco específico del ejercicio de esa función. El preámbulo incluido en su Anexo dice que el Consejo de Ministros actúa "*de conformidad con las facultades previstas en el artículo 97 de la Constitución española y en ejercicio de la potestad discrecional que le corresponde...*"

Comparte la apreciación del voto particular al auto de suspensión de que no nos hallamos ante un sistema de requisitos señalados por las leyes. Al invocar el *art. 97 CE* , el Acuerdo aclara que "el Consejo de Ministros ha estimado oportuno dotarse de unas pautas" para el ejercicio de una potestad discrecional del Gobierno. Se trata de optar por una de las posibilidades que apuntan las Líneas Maestras del Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobadas el 29 de marzo de 2012.

Al aceptar esta premisa defiende que el radio de alcance del *art. 23.2 CE* queda

limitado a lo que resulte de la aplicación del *artículo 96.1 CE* , en cuanto integra en el ordenamiento interno con los requisitos que el propio *CEDH establece (concretamente en sus artículos 21 a 23)* para ser Juez del TEDH. Las normas internacionales no exigen ni regulan un proceso selectivo reglado al que sólo puedan concurrir quienes acrediten esos u otros requisitos.

Destaca que al observar la composición del órgano de selección que instituye el Acuerdo recurrido reputa indiscutible la adscripción de este proceso al ámbito nuclear *de la política exterior*.

Arguye que un Acuerdo que se limita a establecer una *autorrestricción* de la potestad discrecional del Gobierno no permite identificar unos *requisitos señalados por las leyes* en el sentido del *artículo 23.2 CE* .

Entiende que no podría presentar un candidato manifiestamente inmoral, o un pésimo jurista, ni a una persona mayor de 70 años. Pero si se cumplen los requisitos del CEDH podría fijar opciones de oportunidad más restrictivas. Las Líneas Maestras contemplan posibilidades como que todos los candidatos sean mujeres, en el supuesto de desequilibrio de género mencionado en el punto 35, o califican como buena práctica que un país cuya lengua oficial es el inglés pueda exigir también un conocimiento práctico operacional del francés, y no el mero conocimiento pasivo establecido como prerrequisito indispensable por la Declaración de Interlaken y la Resolución 1646/2009) (puntos 24 y 26 de las Líneas Maestras).

Tras ubicar el Acuerdo en el territorio de la potestad discrecional del Gobierno relacionada con su función constitucional de la dirección de la política exterior (*art. 97 CE*), reputa indiscutible que no puede ejercerla al margen de los principios y límites constitucionales, y muy señaladamente del respeto a los derechos fundamentales (*art. 53.1 CE*).

Desde ese punto de vista alega que el hecho de que las pautas establecidas en el Acuerdo constituyan la mera publicidad, por razón de transparencia, de los criterios que aplicará el Gobierno para tomar la decisión, no modifica el régimen de control de esa decisión.

Partiendo de la doctrina constitucional (*SSTC 59/2008 , 63/2001*) entiende que el canon de constitucionalidad exige comprobar si la decisión cuestionada (descartar a priori la inclusión en la terna de cualquier persona mayor de 61 años) se fundamenta en "una suficiente justificación (...), que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas".

Reputa oportuno hacer dos aclaraciones.

Una, que el Protocolo 15 al Convenio de Roma, que introduce un límite de edad para los incluidos en la terna (y suprime el de los 70 años de los Jueces) no está en vigor. También que la Resolución del Comité de Ministros (2010) 26 sobre la creación de un panel consultivo de expertos sobre los candidatos a la elección de jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no contiene ninguna indicación. Y las Líneas Maestras de 2012 no incluyen normas jurídicas vinculantes que puedan invocarse a favor o en contra de la legalidad o constitucionalidad del acto recurrido. Sin embargo, nada de todo ello impide que los criterios, orientaciones, tendencias o previsiones que incorporan esos textos puedan integrarse como puntos de referencia en el

enjuiciamiento de la validez constitucional del acto recurrido en la medida en que se mencionen en el expediente administrativo decisiones o documentos (preámbulo, memoria, proyectos, propuestas, etc,) que remitan a esos textos europeos. De modo que más allá del debate acerca de la inclusión de algunos de esos textos en la categoría de "soft law", es evidente que su contenido puede ser objeto de análisis en la medida en que la exigencia constitucional de "suficiente justificación (...), que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable" que facilite el Consejo de Ministros reenvíe a su contenido o se apoye en ellos de forma directa, explícita o tácitamente.

Dos. La justificación constitucional de la decisión adoptada debe hallarse en el Acuerdo del Consejo de Ministros y no en las posteriores alegaciones formuladas por la Administración.

Tras ello señala que la única justificación directa que contiene el preámbulo del Acuerdo recurrido respecto de la fijación de un límite de edad de 61 años es : *"Y resulta oportuno destacar, a estos efectos, que la alta cualificación exigida a los candidatos a jueces titulares del TEDH, exige la realización de un meticuloso y exhaustivo proceso de selección. Por ello, resulta particularmente aconsejable que los tres candidatos que conformen la terna aprobada por el Consejo de Ministros estén en condiciones de cumplir en su integridad, antes de llegar a la edad de jubilación, el mandato de nueve años para el que serían designados por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa"*.

Argumenta le llama la atención que el empleo de la expresión consecutiva "por ello" vincule la conveniencia de asegurar el cumplimiento del mandato íntegro de nueve años con el hecho de que la selección de candidatos comporta "un meticuloso y exhaustivo proceso".

Insiste en que la única referencia justificativa contenida en el Acuerdo a la necesidad de que los Jueces españoles agoten su mandato de nueve años se relaciona con la exhaustividad del proceso de selección.

En defecto de referencias señala que en el expediente obra:

a) Un Informe de la Subsecretaría de Justicia posterior a la incoación del presente procedimiento (el subrayado es de la Sala) en el que, tras apelar a la naturaleza discrecional de la decisión, se afirma que "la ratio que subyace" a la misma "se dirige a garantizar que el juez español pueda cumplir el mandato completo, promoviendo así su inamovilidad e independencia frente a posibles cambios en el ejecutivo". Añade que "con esta medida se garantiza y se permite que los jueces (...)

designados (...) desempeñen sus funciones durante todo el período de nueve años para el que han sido nombrados, y se coadyuva adicionalmente a la estabilidad en la composición del TEDH". A continuación reproduce el párrafo del preámbulo del Acuerdo recurrido, más arriba transcrito, y recuerda que el Protocolo 15 no está vigente y que España todavía no lo ha ratificado.

b) La documentación correspondiente a la tramitación de la propuesta de Acuerdo hasta su aprobación por el Consejo de Ministros, procedente de los Ministerios de la Presidencia, de Justicia y de Asuntos Exteriores, que a los efectos que aquí importan, incluye, en su caso por duplicado o triplicado : 1) El texto de la propuesta aprobada, con el sello acreditativo de dicha aprobación por el Consejo de Ministros el

20 de enero de 2017 y firmado por los Ministros de Asuntos Exteriores y Justicia y la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia. 2) Una copia en inglés de las "Líneas maestras" del Comité de Ministros del Consejo de Europa; 3) La conformidad del Ministerio de Justicia al de Asuntos Exteriores para la remisión de la propuesta a la Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios, a los efectos de su inclusión en el índice del Consejo de Ministros; 4) El texto de la propuesta de Acuerdo, sin firmas, fechado en diciembre de 2016; 5) La conformidad de la Secretaría General del Gobierno para su inclusión en el orden del día de la Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios; 6) La Memoria elaborada por el Ministerio de Asuntos Exteriores con ocasión de la propuesta.

Sostiene que el análisis de los trabajos preparatorios del Acuerdo permite extraer algunas conclusiones.

La más significativa la pone de manifiesto el escrito demanda: en la propuesta de Acuerdo formulada en diciembre de 2016 por el Ministerio de Asuntos Exteriores, a la que prestó su conformidad el de Justicia, el "requisito" de edad que debían cumplir los candidatos era "no superar la edad de 65 años en la fecha límite para la presentación de las

candidaturas". La Memoria que acompañaba a esa propuesta se refiere a esta cuestión únicamente en la descripción del Acuerdo, limitándose a reproducir el texto que propone aprobar. En el Acuerdo finalmente aprobado tan sólo se añade un párrafo, que no existía ni en la propuesta inicial ni en la citada Memoria: precisamente el párrafo en el que se vincula la conveniencia de que los candidatos "estén en condiciones de cumplir en su integridad, antes de llegar a la edad de jubilación" a la necesidad de llevar a cabo un meticuloso y exhaustivo proceso de selección.

En conclusión afirma que en la documentación preparatoria del Acuerdo, tramitada por los Ministerios de Asuntos Exteriores, Justicia y Presidencia, no existe ninguna justificación respecto del establecimiento del límite de edad. Y en particular no consta explicación alguna de por qué pasa de 65 años en la propuesta inicial a 61 en el texto finalmente aprobado.

Por lo que se refiere a los demás documentos obrantes en el expediente razona:

a) Respecto del Informe de la Subsecretaría de Justicia, comparte las objeciones que opone la parte demandante al argumento de la "inamovilidad e independencia frente a posibles cambios en el ejecutivo". Se trata de una justificación sobrevenida que nada tiene que ver con la edad del Juez.

b) En cambio, la incorporación al expediente administrativo de la versión inglesa de las Líneas Maestras del Comité de Ministros podría constituir una sugerencia implícita, en virtud de la referencia genérica que se hace en el preámbulo del Acuerdo sobre que el Consejo de Ministros ha tenido en cuenta todo su contenido. Reputa arriesgada esta deducción ya que dicho preámbulo invoca esas Líneas Maestras exclusivamente respecto de "*los requisitos mínimos lingüísticos (...), el procedimiento de presentación de candidaturas, el procedimiento de*

selección y la motivación de la resolución final", sin referencia a los requisitos que han de reunir los candidatos y en particular a la cuestión de la edad. Aborda esas Líneas Maestras como fuente de inspiración y justificación implícita a los efectos de

valorar su toma en consideración por dicho órgano del Ejecutivo como la *"suficiente justificación (...), que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable"* que exige el canon de constitucionalidad del derecho a la igualdad.

Recalca que, como con razón argumenta la asociación recurrente, dichas Líneas Maestras permitirían explicar una decisión que limitase la edad de manera que *"si son elegidos, los candidatos deberían en general estar en condiciones de ejercer sus funciones durante al menos la mitad del mandato de nueve años antes de alcanzar la edad de 70 años"* (Apartado 111.5). Es decir, permitirían justificar la decisión de excluir a los mayores de 65 años, a los efectos de estabilidad del Tribunal que -tardíamente- menciona la Subsecretaria de Justicia en su informe. Añade que esa línea maestra no da cobertura, a la pretensión de asegurar que el Juez esté en todo caso en condiciones de agotar el mandato de nueve años. Reputa significativo que las Líneas Maestras (apartado 29) reseñen como ejemplo de "buena práctica" el que en Gran Bretaña los candidatos que ni siquiera estén en condiciones de completar esa primera mitad del mandato puedan postularse acreditando que son "capaces de contribuir de manera significativa a las actividades del Tribunal".

Y como elemento meramente valorativo, destaca que el proyecto de reforma del Convenio contenido en el Protocolo nº 15 fije el límite para las candidaturas en 65 años, y suprima el tope de edad de los Jueces, elevando así el máximo factible de ejercicio del cargo a 74 años. Ese dato entiende tampoco ayuda a percibir que el Consejo de Europa y los Estados Parte del CEDH consideren la exclusión sistemática de todo candidato de más de 61 años como un objetivo ligado a la estabilidad del Tribunal.

Entiende que el Ejecutivo español puede ir más allá de las aspiraciones del propio Consejo de Europa y del resto de los Estados parte, y pretender que esa estabilidad se asegure durante todo el mandato de los Jueces como apuntaba el Voto particular al Auto de suspensión cautelar.

Sin embargo, resultaría necesario todavía, a los efectos del canon de constitucionalidad del principio/derecho a la igualdad, acreditar la proporcionalidad de esa medida.

En ese plano de la proporcionalidad pone en relación esa decisión de limitar la edad de los candidatos con el conjunto de los requisitos objetivos y subjetivos que impone el CEDH. Sostiene que no es lo mismo fijar la edad límite en 61 años que en 65.

Resalta que los candidatos deben, conforme al *art. 21.1 del CEDH* "gozar de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia". En el ámbito de la Carrera Judicial, al que se remite el interés colectivo que representa la asociación recurrente, no es posible identificar normativamente con precisión un concepto jurídico tan indeterminado como "altas funciones". Si se toma como punto de referencia la condición de Magistrado del Tribunal Supremo, la documental aportada por la recurrente (aunque se haga en relación con el siguiente motivo de la demanda) permite comprobar que la edad media de dichos Magistrados es de 62,9 años en el caso de los varones, y 60,9 en el de las mujeres. Si se fija la atención en el Tribunal Constitucional -órgano no judicial pero sí jurisdiccional y probablemente caracterizado por una mayor similitud con el TEDH que el Tribunal Supremo-, acudiendo a datos no obrantes en la causa pero notorios (en cuanto accesibles en la página web del Tribunal

Constitucional) puede comprobarse que el mayor de los Magistrados (recién ingresado con 79 años de edad) nació en 1937 y los dos más jóvenes lo hicieron en 1958

(son los dos únicos que tienen menos de 61 años), y teniendo en cuenta las edades de todos ellos la media, a 31 de diciembre de 2017, será de 69,4 años.

Concluye que en la realidad práctica actual de nuestro país, objetivamente no es cierto que con menos de 61 años los miembros de la Carrera Judicial se hallen, por regla general, en verdaderas condiciones de acceder al ejercicio de altas funciones judiciales. Que exista un número mucho mayor de Magistrados que cuentan con méritos y capacidad sobrados para ello es incuestionable. Pero la traslación de ese criterio jurídico–valorativo a la realidad supone que quienes, más allá de reunir las condiciones requeridas, han acreditado efectivamente reunir las en el sentido de que han sido nombrados Magistrados del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional, quedarían en su inmensa mayoría excluidos de la posibilidad de ser propuestos como Jueces del TEDH, desplazados por quienes por mucho que reúna las condiciones, en realidad están fuera del rango medio de edad con la que realmente se llega en España al ejercicio de altas funciones judiciales.

Esa paradoja, que no se refleja en una previsión de excepciones, como la de la buena práctica británica, no puede obviarse cuando se trata de delimitar en términos de proporcionalidad el límite máximo de edad para ser propuesto como Juez del TEDH. Y resulta determinante cuando, la decisión de impedir el acceso a los mayores de 61 años no cuenta con más explicación que la voluntad de asegurar la duración íntegra del mandato vinculada a la complicación que supone seleccionar a los candidatos.

En definitiva, el Fiscal entiende que ni la estabilidad del Tribunal en los términos en los que la concreta el propio Consejo de Europa (asumida por la propuesta inicial de los Ministerios de Asuntos Exteriores y Justicia, al proponer en congruencia con las Líneas Maestras de 2012 el límite en 65 años), ni ninguno de los documentos incluidos en el expediente, ni la explicación que vincula esa conveniencia de

agotamiento total del mandato con la complejidad del proceso selectivo, justifican en términos de proporcionalidad, a los efectos del *art. 14 CE*, la necesidad de asegurar ese objetivo mediante una decisión que supone la imposibilidad de que Magistrados que reúnen todos los requisitos exigidos por el CEDH y que incluso estarían en condiciones de agotar al menos la mitad de su mandato como Juez del TEDH antes de los 70 años (según sugieren las propias Líneas Maestras) puedan esperar que su candidatura se tome en consideración, se valore y, en su caso, se acepte o se descarte de manera fundada y razonable.

Concluye que la autorrestricción que se ha impuesto el Consejo de Ministros en relación con la edad máxima de los candidatos carece de justificación suficiente y vulnera el derecho fundamental de igualdad ante la ley que consagra el *art. 14 de la Constitución*.

Pide se estime este motivo de la demanda.

3. No acepta el segundo motivo de la demanda. Entiende que no se da una vulneración del principio de no discriminación por razón de sexo tal como se concibe en nuestro sistema constitucional.

La demanda omite explicar cómo se concreta en este específico supuesto la

"desventaja particular con respecto a personas del otro sexo" a la que se refiere el *art. 6.2 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo*, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Reputa obvio que si se toma como universo de comparación la totalidad de la carrera judicial, el efecto estadístico invierte el cálculo de probabilidad a favor de la mujer, lo que difícilmente puede valorarse como una desventaja. Y si se toma el tramo de mayores de 61 años no resulta fácil argumentar que el Acuerdo del Consejo de Ministros establezca o genere una diferencia por razón de sexo, cuando todos, hombres y mujeres, quedan excluidos, y, como acaba de señalar, la exclusión de las mujeres de más edad junto con los hombres provoca indirectamente un incremento de las posibilidades de acceso de la mujer.

La discriminación indirecta denunciada podría resultar constitucionalmente relevante si esa incuestionable situación histórica tuviera prevista una medida compensatoria de discriminación positiva, lo que, por ejemplo, podría justificar que la exclusión de los hombres mayores de determinada edad (61 años en el caso del Acuerdo recurrido) no se extendiera a las mujeres, o el establecimiento de cuotas porcentuales que equilibrasen la proporción de sexos en ese tramo de edad.

Sin embargo, esa medida no existe ni entiende el Ministerio Fiscal que sea constitucionalmente exigible al menos en relación con la situación que aquí se plantea.

Señala que por lo que se refiere a las normas internacionales, el *CEDH no contiene ninguna previsión en ese sentido. Las Líneas Maestras del Comité de Ministros se refieren a la igualdad de género como criterio adicional a los del artículo 21 (punto 10) y recogen (Línea Maestra 8, punto 34)*, conforme a la Recomendación 1649 (2004), la Resolución 1426 (2005) y las Resoluciones 1627 (2008) y 1841 (2011), y la opinión consultiva del Tribunal de 12 de febrero de 2008, la indicación de que "por regla general" las listas de candidatos deberían ("should", "devraient"; no "deberán", como pretende la parte actora) incluir al menos un candidato de cada sexo, "salvo si los candidatos pertenecen al sexo infrarrepresentado en el Tribunal (menos de 40 % de Jueces)...", supuesto en el que la lista "puede componerse sólo de personas de ese sexo". Eso es cuanto se dice acerca de la igualdad de género, y entiende el Ministerio Fiscal que tal y cual está redactado el apartado Séptimo del Acuerdo del Consejo de Ministros recurrido ("el comité elaborará una propuesta ... en la que se procurará como regla general integrar a candidatos de ambos sexos") responde sustancialmente a esas indicaciones.

Recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la discriminación positiva de la mujer (*STC 13/2009 de 19 de enero* con cita de *SSTC 128/1987 y 19/1989*).

Reputa evidente que el Tribunal Constitucional no ha llegado a proclamar que el derecho fundamental a la igualdad integre en su contenido esencial una obligación general de adoptar medidas de discriminación positiva, y mucho menos cuál sea el contenido específico de dichas medidas en caso de que puedan resultar justificadas.

4. Finalmente tampoco acepta la exigencia de reserva de ley remitiéndose a lo ya manifestado en las alegaciones al primer motivo.

La afirmación de que el *art. 23.2 CE* "reconoce un derecho de configuración legal, la cual se halla en el CEDH" consta efectivamente en la *STS de 28 de octubre de 2010*, pero no es un juicio del Tribunal, sino la mera reproducción de una de las alegaciones formuladas por el Abogado del Estado en aquel procedimiento. La Sala no

se refirió al desarrollo reglamentario del Convenio, sino que, bien al contrario, se limitó a afirmar que el Acuerdo allí enjuiciado no vulneraba "el artículo 21 del CEDH " (FJ 7), y la única referencia que hizo al *art. 23.2 CE* fue para descartar su infracción.

Reitera, en la línea del Voto particular que acompañaba al Auto de medidas cautelares, que en el contexto político-discrecional del primer inciso del *art. 97 CE* , el Acuerdo no tiene por objeto regular un procedimiento de provisión de plazas en el que el CEDH desempeñe el papel de ley reguladora y el propio Acuerdo recurrido el de desarrollo reglamentario.

CUARTO.- Debemos despejar lo primero la causa de inadmisibilidad opuesta por el Abogado del Estado negando legitimación a la Asociación judicial recurrente.

Tal argumento es rechazado por el Ministerio Fiscal en un prolijo razonamiento que encuentra apoyo en las Sentencias de esta Sala y del Tribunal Constitucional respecto a la legitimación sindical más arriba reflejadas.

La Sección mayoritariamente coincide con el ministerio público. Vamos a complementar lo ya adelantado en el razonamiento sexto del Auto de 8 de marzo de 2017 adoptado en la pieza cautelar del presente recurso.

Se dijo "Respecto a las dudas sobre la legitimación de la asociación recurrente anunciadas por el Ministerio Fiscal debe recordarse lo dicho en el recurso ordinario 366/2007, invocado por el Abogado del Estado al oponerse a la medida cautelar. En el FJ Cuarto de la Sentencia del Pleno de esta Sala de fecha 27 de octubre de 2008 ,(recurso de ordinario 366/2007), se arguye prolijamente acerca de la legitimación de la Asociación Profesional de la Magistratura para recurrir el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2007 por el que se propone a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa terna de candidatos para el puesto de Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos."

A lo anterior debe adicionarse lo vertido en el FJ Cuarto de la *Sentencia del Pleno de esta Sala de 27 de octubre de 2008* :

" Asociaciones profesionales que los miembros de la Carrera Judicial tienen derecho a constituir para la defensa de ese interés, precisamente, porque la Constitución prohíbe a los Jueces y Magistrados, mientras se hallen en activo, pertenecer a partidos políticos y a sindicatos. Esta circunstancia cualifica a estas asociaciones profesionales frente a las que surgen del ejercicio del derecho fundamental reconocido por el artículo 22 de la Constitución , aproximándolas a la posición que asigna a los sindicatos" .

Significa, pues, que no estamos en el caso enjuiciado en la *Sentencia de 31 de marzo de 2011* , recurso ordinario 626/2009 respecto una asociación enmarcada de plano en el *art. 22 CE* .

También hay diferencias notables con los supuestos esgrimidos por el Abogado del Estado (SSTS 13 de julio de 2016 y 8 de marzo de 2017) en razón de lo declarado en la precitada *Sentencia del Pleno de esta Sala de 27 de octubre de 2008* en el sentido que :

" Por otra parte, esta Sala ha entendido ese interés profesional que justifica la legitimación activa de las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados de un

modo amplio. Así, la Sentencia del Pleno de 28 de junio de 1994 (recurso 7105/1992) estableció, a propósito del recurso de una de ellas contra el nombramiento del Fiscal General del Estado, que ese interés comprende, además de los aspectos estrictamente profesionales, aquellos otros relativos al marco en el que los tribunales administran justicia"

Pues bien, del mismo modo que la mencionada función del Ministerio Fiscal es uno de los elementos del marco legal de la independencia judicial y eso hace que el interés profesional de las asociaciones de las que hablamos se extienda para legitimarlas activamente a la hora de reaccionar contra el nombramiento del Fiscal General del Estado, otro tanto sucede cuando se discute la propuesta de candidatos a Juez del TEDH.

En efecto, el Tribunal de Estrasburgo no es una instancia extraña o ajena. Por el contrario, desde que el Reino de España es parte de la CEDH, culmina el sistema de protección de los derechos fundamentales que reconoce. Además, por imperio del artículo 10.2 de la Constitución , las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que declara han de ser interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales que sobre esa materia haya ratificado España, lo que incluye a la CEDH y a la interpretación que hace de ella el TEDH. Así, pues, el TEDH presta la tutela que los tribunales internos no hayan dispensado a quienes, sin embargo, tengan derecho a ella y, de ese modo, hace efectivo el reconocimiento de aquellos derechos. Se erige, pues, en un ulterior y decisivo elemento del marco jurídico en el que actúan esos órganos judiciales pues, no sólo hace efectivas las exigencias vinculadas a su independencia e imparcialidad y las restantes derivadas del derecho a un proceso equitativo proclamado en el artículo 6 del CEDH , sino también las que resultan de todos y cada uno de los derechos que en él y en sus protocolos ratificados por España se contemplan.

En definitiva, si el interés profesional que persiguen las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados llega a justificar su legitimación activa para reaccionar jurisdiccionalmente contra el nombramiento del Fiscal General del Estado por las razones que se han expuesto, también debe fundamentarla para impugnar actos relativos a la elección de Jueces del TEDH.

Es cierto, como opone el Abogado del Estado, que un conjunto de sentencias de la Sección Sexta de esta Sala han negado legitimación a la Asociación recurrente al impugnar determinados Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial. Mas, como ya argumentaron las Sentencias del Pleno acabadas de mencionar, se ha reconocido legitimación en un supuesto análogo al presente a otra Asociación judicial, la Profesional de la Magistratura.

Aquí, dado los cambios operados en el sistema de propuesta de jueces para el TEDH a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, no se trata de la terna final (como si acontecía en el supuesto enjuiciado en la tantas veces citada *Sentencia del Pleno de 27 de octubre de 2008*) sino de los requisitos para concurrir a la elaboración de dicha terna. Lo allí dicho respecto a la legitimación "ad causam" de otra Asociación judicial resulta extrapolable a la situación aquí enjuiciada. Razonar lo contrario implicaría discriminación vedada constitucionalmente.

No prospera la causa de inadmisibilidad.

QUINTO.- Despejada la causa de inadmisibilidad procede entrar en el examen

de la primera lesión invocada, la del *art. 14 CE* para lo cual hemos de tomar en consideración el marco jurídico aplicable.

Partimos de que si bien los Jueces son elegidos por la Asamblea Parlamentaria (*art. 22 CEDH*) mediante un procedimiento cada vez más transparente (Documento de información preparado por el Secretariado de la Asamblea Parlamentaria 31 de enero de 2017 AS/Cdh/Inf(2017)01rev 2) cuya ausencia, en unión de la publicidad, en la elaboración de las ternas denunciaba el voto particular del Magistrado Peces Morate a la *STS 27 de octubre de 2008*) son las Altas Partes Contratantes quienes presentan las ternas de los candidatos.

Por ello, en consonancia con la Declaración de Interlaken (punto 13, Explanatory Memorandum de las Guidelines of the Committee of Ministers on the selection of candidates for the post of judge at The European Court of Human Rights, CM(2012)40 addendum final) se establece un nuevo mecanismo que asegure "transparent national selection procedure", en línea con el párrafo 4 de la Resolución 1646 (2009) de la Asamblea Parlamentaria y las reglas derivadas de la previa Resolución 1366(2004).

Para el examen del motivo hemos reputado relevante reseñar lo esencial de las argumentaciones de las partes, Jueces para la Democracia, Abogado del Estado y Ministerio Fiscal.

Hemos hecho especial hincapié en las reproducciones de los preceptos de las normas concernidas (*art. 21 del CEDH* sobre los criterios para ser elegidos para el cargo, *art. 23* duración del puesto y destitución en la redacción vigente derivada del Protocolo nº 14 cuyo Acuerdo se publicó en el BOE 25 de noviembre de 2009).

Se ha añadido la pertinente referencia al Protocolo nº15 (de 16 de mayo de 2013), firmado pero no ratificado por España, que no ha entrado en vigor, mas ha sido aludido por todas las partes.

El futuro *art. 21.2* de la Convención, cuando entre en vigor el Protocolo nº 15, exige que los candidatos tengan menos de 65 años en la fecha de presentación de las candidaturas a la Asamblea Parlamentaria.

Su Explanatory Report (CETS No. 213) en su punto 12 nos dice que " *This modification aims at enabling highly qualified judges to serve the full nine-year term of office and thereby reinforce the consistency of the membership of The Court. The age limit applied under Article 23, paragraph 2 of the Convention, as drafted prior to the entry into force of this Protocol, had the effect of preventing certain experienced judges from completing their term of office. It was considered no longer essential to impose an age limit, given the fact that judges' terms of office are no longer renewable*". Ilustra no sólo acerca de la futura regulación de la materia aquí discutida sino también acerca de la actualmente vigente.

Se ha prestado atención a lo que, en el auto de medidas cautelares denominamos "soft law", siguiendo la calificación imperante en el moderno ámbito del Derecho Internacional Público y las llamadas Relaciones Internacionales, campo aquel en que debe encuadrarse el CEDH. También fue reconocido por el, entonces, Derecho Comunitario, tal cual aducíamos en el citado auto. Queda clara su naturaleza no imperativa, es decir carece de fuerza vinculante como las leyes o los instrumentos internacionales mas ello no está siendo óbice a su toma en consideración por cuanto

las resoluciones, declaraciones y programas de acción que lo conforman pretenden inducir a los Estados a actuar en consecuencia.

En particular, en razón de obrar en el expediente administrativo así como citadas en el Acuerdo impugnado, las Líneas Maestras aprobadas por el Comité de Ministros el 29 de marzo de 2012 (referenciadas en el Acuerdo impugnado) y su Explanatory Memorandum (obrante en el expediente) en aras a mantener unos estándares generales. Así se desprende del hecho que el Preámbulo de las Líneas Maestras aliente a las Altas Partes Contratantes del CEDH a hacerlas efectivas y asegurar su amplia difusión en particular entre las autoridades implicadas en la selección de candidatos para el puesto de juez en el TEDH.

SEXTO.- No ofrece duda alguna, que tal cual coinciden Asociación recurrente y Ministerio Fiscal, los únicos requisitos reglados que derivan del Convenio son las exigencias contenidas en el punto Segundo del Acuerdo en consonancia con el art. 21.1 del Convenio (alta consideración moral y cumplimiento condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia).

No figura como requisito en el CEDH la habilidad en una de las lenguas del Consejo de Europa y , al menos, el conocimiento pasivo de la otra. No obstante es una exigencia razonable que deriva de la Declaración de 19 de febrero de 2010 adoptada en la Conferencia de Interlaken (punto 8.a) y de las Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria 1646/2009 (punto 4.4.) y 1366/2004 (punto 3.a), tal cual reitera el Explanatory Memorandum 2012 (punto 10).

Sobre tales cuestiones, aquí no discutidas, no existe margen alguno de apreciación nacional. Ello se acredita en que, con frecuencia, la Asamblea Parlamentaria rechaza candidatos incluidos en ternas presentadas por no alcanzar lo obligado en el Convenio.

SÉPTIMO.- También es requisito incuestionable la edad de jubilación, 70 años en el momento presente (*art. 23.2 CEDH*) y el término del mandato no prorrogable por un máximo de 9 años (art. 23.1 del Convenio en la redacción actual y tras la entrada en vigor del tantas veces mencionado Protocolo nº15).

Cuestión distinta acontecerá tras la entrada en vigor del Protocolo nº 15 que suprime no solo la edad de jubilación a los 70 años al eliminar la redacción del actual *art. 23.2 CEDH* sino que establece, de forma taxativa, la edad máxima de los candidatos en 65 años.

Tal Protocolo nº 15 responde a la Declaración de Brighton, Conferencia de Alto Nivel sobre el Futuro de la Corte Europea de los Derechos Humanos, 19-20 abril de 2012 que había acordado en su punto

24: " *A stable judiciary promotes the consistency of the Court. It is therefore in principle undesirable for any judge to serve less than the full term of office provided for in the Convention* ".

Acepta el Protocolo nº 15 el punto 25 f) de la antedicha Conferencia: "*Concludes that Article 23 (2) of the Convention should be amended to replace the age limit for judges by a requirement that judges must be no older than 65 years of age at the date on which their term of office commences; and invites the Committee of*

Ministers to adopt the necessary amending instrument by the end of 2013".

Es obvio, pues, que tras la entrada en vigor del Protocolo nº 15 deberá servirse el término completo del mandato de juez del TEDH en razón de la fijación de una edad máxima para los candidatos al puesto.

OCTAVO.- En la interpretación vigente del CEDH hemos de acudir a su "soft law".

Así tenemos las "Guidelines of the Committee of Ministers on the selection of candidates for the post of judge at the European Court of Human Rights. Explanatory Memorandum, CM(2012)40addendum final 29 March 2012 (obrante en su original lengua inglesa en el expediente administrativo). Establecen en su punto 5. *"If elected, candidates should in general be able to hold office for at least half of the nine-year term before reaching 70 years of age"*.

Tal previsión, desarrollada en el Explanatory Memorandum, la reconoce el Abogado del Estado aunque defiende que el límite establecido en el Acuerdo impugnado se encuentra dentro del margen de libertad que el Convenio confiere a los Estados. Se apoya en las limitaciones existentes en otros puestos internacionales.

Se trata, pues, de dilucidar si prospera tal argumento o el aducido por la Asociación demandante que rechaza exista posibilidad de imponer un requisito como el de la edad máxima, al que, con razonamientos añadidos, se adhiere el Ministerio Fiscal.

El punto 29 del citado Explanatory Memorandum (lo mantenemos en su redacción original en lengua inglesa) al explicar el punto 5 de las Líneas Maestras aprobadas por el Comité de Ministros el 29 de marzo de 2012, dice: *" High Contracting Parties should avoid proposing candidates who, in view of their age, would not be able to hold office for at least half of the nine-year term before reaching the age of 70. This contributes to a Court of stable experienced composition, avoiding the disruption that may be caused by more frequent election of new judges"*.

Vemos, pues, que se insiste en la recomendación de que los candidatos estén en condiciones de cumplir, al menos, la mitad de su mandato para evitar las interrupciones que puede causar una frecuente elección de nuevos jueces. No exhorta al mandato completo de 9 años como si acontecerá tras la entrada en vigor del Protocolo nº15.

El citado punto 29 contiene una nota a pie de página, la 6, que remite a, otro texto no imperativo, pero significativo, el "Explanatory Report to Protocol No.14 to the Convention, para.53".

The Explanatory Report to Protocol No.14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, Strasbourg,13.V.2004 al referirse al art. 23 del Protocolo, sobre duración del puesto y destitución, dice al respecto en su punto 53: *" In respect of paragraph 2 (the age limit of 70 years), it was decided not to fix an additional age limit for candidates. Paragraphs 1 and 2, read together, may not be understood as excluding candidates who, on the date limit of election, would be older than 61. That would be tantamount to unnecessarily depriving the Court of the possibility of benefiting from experienced persons, if elected. At the sametime, it is generally recommended that*

High Contracting Parties avoid proposing candidates who, in view of their age, would not be able to hold office for at least half the nine-years term before reaching the age of 70".

Es decir, en castellano el Informe Explicativo de las modificaciones al Protocolo nº 14 en lo que aquí interesa, términos del mandato y destitución, art. 23, dice que " *fue decidido no fijar un adicional límite de edad para los candidatos. Los Parágrafos 1 y 2, leídos juntos no pueden entenderse en el sentido de que excluyen a los candidatos que en la fecha de elección sean mayores de 61 años. Esto equivaldría a privar innecesariamente al Tribunal de la posibilidad de beneficiarse de personas experimentadas, si fueren elegidas. Al mismo tiempo, se recomienda que las Altas Partes Contratantes eviten proponer candidatos que, en vista de su edad, puedan no estar en condiciones de desarrollar el cargo al menos la mitad de los nueve años antes de alcanzar la edad de 70 años" . (traducción propia).*

NOVENO.- De lo acabado de exponer podemos concluir que la cuestión de la edad máxima de los candidatos a presentar por los Estados Miembros a la Asamblea Parlamentaria no parece tener, en el momento presente, un margen de apreciación nacional, en el sentido de que estén en condiciones de cumplir el mandato completo y, por ende, ostentar menos de 61 años al presentar su candidatura.

Se vislumbra, por tanto, que no hay margen de maniobra para interpretar restrictivamente el Convenio, restringiendo el ejercicio de un derecho fundamental por razón de la edad, mediante un diálogo entre la regulación interna y el CEDH

La edad máxima no se encuentra prevista como requisito en el Convenio, en su redacción vigente, ni tampoco que el mandato fuere completo. Ya hemos visto que cuestión distinta acontecerá tras la entrada en vigor del Protocolo nº 15. En ese momento el requisito, fijado en el Convenio, de tener menos de 65 años pretende se cumpla el mandato completo de 9 años al no fijar una edad límite del ejercicio de la función al suprimir el artículo que la establece.

Con la redacción futura se pretende evitar que personas experimentadas no cumplan su mandato completo mas tal previsión carece de apoyo actual en el Convenio.

La cuestión en discusión no existiría si España y el resto de Estados, que todavía no han ratificado el instrumento nº15 lo hubieren hecho, de forma rápida. Se trataba de seguir (punto 3) la Recomendación 283 de 26 de abril de 2013 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que, tras entender que las propuesta de enmienda eran esencialmente de orden técnico y no eran objeto de controversia, invitaba a los órganos legislativos de las Altas Partes Contratantes a una firma y ratificación rápida del citado instrumento.

La falta de todas las ratificaciones del Protocolo nº 15 impide su entrada en vigor. Además la ausencia de ratificación española muestra que los órganos internos del Estado no han dado su aprobación para que obligue ni siquiera como orientación.

DÉCIMO.- Ya hemos reflejado que las Líneas Maestras aprobadas por el Comité de Ministros el 29 de marzo de 2012 referidas a los Criterios de selección en la redacción vigente del Convenio recomiendan que los jueces, a jubilar a los 70 años, cumplan al menos la mitad de su mandato.

Tal Criterio (punto 5 de las Líneas Maestras), entendido como "soft law" constituye una interpretación del Convenio, en el redactado vigente del *art. 23 del CEDH*.

Además, como antecedente de las Líneas Maestras, debe atenderse también al Explanatory Report al Protocolo nº14 (al que hemos hecho referencia en el razonamiento octavo) cuyo punto 53 sienta que los párrafos 1 y 2 del actual art. 23 deben ser entendidos en el sentido de no privar innecesariamente al TEDH de personas experimentadas que sean mayores de 61 años. En consonancia con ello el Memorandum de las Líneas Maestras reputa buena práctica la establecida en el Reino Unido, punto 30, sobre que los candidatos que no estén en condiciones de cumplir el mandato completo sean preguntados sobre si podrían, sin embargo, estar en condiciones de hacer una aportación significativa a las actividades del TEDH.

Dada la redacción del Convenio en el momento actual y su marco interpretativo (soft law derivado de la actividad del Comité de Ministros del Consejo de Europa) entendemos no cabe una restricción a un derecho fundamental (discriminación por edad carente de base legal razonable) como la establecida por el Acuerdo, máxime cuando se encuentra carente de justificación en el expediente.

No parece viable el margen de libertad defendido por el Abogado del Estado, al decantarnos por un concepto similar, "margen de apreciación", entendido en la jurisprudencia del TEDH como espacio de maniobra que se concede a las autoridades internas en el cumplimiento del Convenio mediante una interpretación caso a caso bajo el principio de proporcionalidad.

Ha de destacarse, como ponen de relieve la actora y el Ministerio Fiscal, que la modificación de 65 años a 61 años aparece por vez primera al adoptarse el Acuerdo del Consejo de Ministros careciendo de motivación justificativa salvo la referida al meticuloso y exhaustivo proceso de selección que aconseja estén condiciones de cumplir el mandato completo.

La versión primigenia del Acuerdo elaborado por los distintos Ministerios implicados (Asuntos Exteriores, Justicia y Presidencia) tal cual pone de relieve el Ministerio Fiscal parecía responder a las Líneas Maestras en la exigencia de tener menos de 65 años en la fecha límite para la presentación de candidaturas.

Como prolijamente alega el ministerio público al examinar las edades de las personas que, en el momento actual, reúnen las condiciones para el ejercicio de altas funciones judiciales (Magistrados/as del Tribunal Supremo e incluso Magistrados/as del Tribunal Constitucional) el límite de 61 años no parece responder a la realidad.

El punto impugnado del Acuerdo impide presentar su candidatura a personas mayores de 61 años sin que el Convenio, en la redacción vigente, establezca una restricción de tal naturaleza ni tampoco confiera potestad a los Gobiernos para añadir requisitos adicionales de esa naturaleza.

Por tal razón entendemos conculcado el *art. 14. CE* al establecer el Acuerdo recurrido una discriminación por edad carente de cobertura en el Instrumento internacional al que se refiere.

UNDÉCIMO.- La estimación del anterior motivo de impugnación de la demanda, que conduce a la declaración de nulidad del apartado del Acuerdo relativo a

la exigencia de no superar la edad de 61 años en la fecha límite para la presentación de candidaturas, hace innecesario entrar en el examen de si tal exigencia lesiona o no el *art. 23 CE* y si comporta o no una discriminación indirecta por razón de género.

DUODÉCIMO.- No hay méritos para un pronunciamiento sobre costas, a tenor del *art. 139 LJCA* .

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Se estima el recurso contencioso administrativo 88/2017 interpuesto por la representación procesal de la Asociación Jueces para la Democracia por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017 por el que se establecen pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, publicado mediante resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Públicas de fecha 25 de enero de 2017, en el Boletín Oficial del Estado de 31 de enero de 2017 y se declara nulo en el requisito referido a no superar la edad de 61 años en la fecha límite para la presentación de las candidaturas.

En cuanto a las costas estese al último fundamento de derecho. Publíquese el fallo en el B.O.E. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Luis María Díez Picazo Giménez D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

D. José Manuel Sieira Míguez D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a Celsa Pico Lorenzo D^a María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez D. César Tolosa Tribiño

D. Rafael Toledano Cantero

Voto particular

QUE EMITE EL EXCMO. SR. D. Luis María Díez Picazo Giménez, PRESIDENTE DE LA SALA, A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 2/88/2017.

Aun estando de acuerdo con la mayoría de la Sección, considero oportuno precisar las razones por las que creo que el presente recurso contencioso-administrativo debe ser estimado.

Objeto de impugnación es únicamente el inciso del Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017 en virtud del cual se establece el requisito de «no superar la edad de 61 años en la fecha límite para la presentación de candidaturas». Que se trata de un auténtico requisito para quienes se presenten como candidatos a

cubrir la plaza de Juez del TEDH propuesto por España está fuera de toda duda: las partes no lo discuten, por no mencionar que así se desprende inequívocamente del propio tenor literal del acto impugnado cuando dice que los candidatos para el puesto a cubrir «en todo caso, deberán reunir los siguientes requisitos».

Está igualmente fuera de discusión que el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha recomendado que los candidatos propuestos por los Estados parte en el CEDH estén en condiciones de cumplir la mayor parte - cuando no todo- el período de nombramiento judicial. Y consta, asimismo, que una reforma del propio CEDH aún no vigente prevé una edad máxima de 65 años para el nombramiento de Jueces del TEDH.

Pues bien, probablemente sea aconsejable que las personas propuestas por España reúnan -en la medida de lo posible- las características recomendadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, del mismo modo que seguramente sea prudente alinearse con la citada reforma del CEDH por más que aún no haya entrado en vigor. Una vez sentado esto, sin embargo, es preciso subrayar que la conveniencia de adecuarse a todas esas previsiones sobre la edad de los candidatos no es hoy vinculante en términos jurídicos.

Ésta es, a mi modo de ver, la única cuestión que aquí debe ser dilucidada: si en virtud de unos textos que, por muy autorizados que sean, carecen de fuerza normativa puede el Gobierno español establecer un requisito de edad máxima a quienes deseen presentar su candidatura a Juez del TEDH propuesto por España; requisito de edad máxima que, en el momento actual, no viene impuesto por el CEDH. Que éste es el tema central de debate lo demuestra que, en su escrito de contestación a la demanda, el Abogado del Estado insiste una y otra vez en que el Gobierno español puede desarrollar o complementar el CEDH en lo atinente a la edad máxima de los candidatos. Así, en la pág. 14 dice:

«El acuerdo recurrido, por ello, es conforme, por una parte, con el principio de libertad del CEDH, que encomienda a los Estados la regulación de esta materia y a la vez cumple con la finalidad explícitamente establecida de tratar de lograr que los candidatos designados puedan desarrollar la totalidad del mandato de 9 años para el que son nombrados.»

Y más adelante, en la pág. 15, reitera la misma idea:

«En el presente caso, sin embargo, el acuerdo debe de entenderse dentro del ámbito propio de las facultades que el CEDH atribuye al Gobierno para la elección de los candidatos que juzgue más conveniente.»

Este argumento del Abogado del Estado constituye la más inteligente defensa posible del acto impugnado. Pero, en mi opinión, no es jurídicamente sostenible. En ningún lugar del CEDH se otorga a los Estados parte un apoderamiento o habilitación para que desarrollen las normas convencionales reguladoras de las condiciones que deben reunir los Jueces del CEDH. Ciertamente, las autoridades nacionales gozan de un notable margen de apreciación para proponer a quienes estimen más idóneos para el cargo y, desde luego, en uso de ese margen de apreciación pueden no incluir en su terna a ninguna persona que no cumpla las características de edad arriba mencionadas. Pero eso no implica reconocer que dispongan de un poder normativo de desarrollo del CEDH. Tal poder normativo no sólo carece de fundamento explícito o implícito, sino que sería probablemente incompatible con la propia naturaleza de un

tratado internacional multilateral que cada una de las partes pudiese añadir requisitos para cubrir puestos tan importantes en la organización común como son los aquí examinados.

En suma, creo que el inciso impugnado del Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017 no es ajustado a derecho porque establece - con alcance general y sentido obligatorio- un requisito para poder presentar la candidatura a Juez del TEDH que no está contemplado en el CEDH, ni es producto de una potestad normativa de desarrollo conferida por el propio CEDH a los Estados parte.

Es conveniente añadir, para disipar cualquier posible equívoco, que no hay contradicción en afirmar simultáneamente que el Gobierno español no puede establecer un requisito adicional no contemplado en el CEDH y que sí puede orientar su selección de candidatos por un criterio de edad como el aquí discutido. En otras palabras, entiendo que, al convocar la plaza de Juez propuesto por España del TEDH, el Gobierno español podría anunciar su intención de tomar en la debida consideración la recomendación de edad máxima proveniente del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Esto último no sería establecer un requisito, por lo que los candidatos que no reunieran la referida característica de edad no serían inadmisibles *ab initio* . Y no es lo mismo quedar excluido de entrada -tal como ocurre con el acto impugnado- que saber que la propia candidatura será examinada por más que tal vez tenga escasas probabilidades de éxito.

Madrid, en el día de la fecha.

DISCREPANTE QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON Jorge Rodríguez Zapata Pérez EN EL RECURSO 2/88/2017, INTERPUESTO CONTRA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS DE 25 DE ENERO DE 2017, QUE ESTABLECE PAUTAS PARA LA ELABORACIÓN DE UNA TERNA DE CANDIDATOS PARA LA ELECCIÓN DE JUEZ DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO Nº 26, DE 31 DE ENERO DE 2017).

Disiento de la sentencia que resuelve el recurso que acabo de reseñar.

Expreso mi posición en forma de sentencia, como exige el *artículo 260.1 de la LOPJ* , con pleno respeto a la opinión contraria de mis compañeros de Sala, que siempre pondero con la máxima atención.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO a CUARTO.- Acepto, por remisión, los antecedentes de hecho primero a cuarto de la sentencia de la mayoría.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación de la Asociación recurrente. Procede acoger la causa de inadmisión que alega el Abogado del Estado. Sostiene que la asociación recurrente carece de legitimación " *ad causam* " para interponer este recurso. Razona, que la recurrente carece del interés legítimo del *artículo 19.1 de la LJCA* , porque la adorna un simple interés por la defensa objetiva de la legalidad que no legitima para este proceso, debiéndose acreditar la existencia de legitimación de las asociaciones en forma casuística. Invoca al respecto las *sentencias de esta Sala de 26 de enero de 2012 (Rec. 545/2010)* , *8 de marzo de 2017 (Rec.*

445/2016) y 13 de julio de 2016 (Rec. 25421/2015), que transcribe en lo que considera exposición de una doctrina general.

SEGUNDO.- La sentencia trata este óbice procesal en su FJ 4 y se apoya para rechazarlo en la doctrina de la *sentencia del Pleno de esta Sala de 27 de octubre de 2008 (Rec. 366/2007)*. Tras un examen genérico de esa sentencia entiende que ambos casos son iguales y declara, con énfasis, que « *lo allí dicho respecto a la legitimación "ad causam" de otra Asociación judicial* " (la profesional de la Magistratura) *"resulta extrapolable l a situación aquí enjuiciada. Razonar lo contrario implicaría discriminación vedada constitucionalmente"*. Discrepo de ese razonamiento.

TERCERO.- Esta Sala ha repetido infinidad de veces que la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística, como nos recuerda el Abogado del Estado [Sentencias de 8 de marzo de 2017 (Rec. 4451/2016), 27 de octubre de 2016 (Rec. 929/2014), 2 de junio de 2016 (Casación 2812/214), 19 de octubre de 2015 (Casación 1041/2013) ó de 5 de noviembre de 2014 (Casación 3741/2013), así como las de 19 de mayo de 1997 (Rec. 469/1995), 5 de marzo de 1998 (Rec. 301/1994) ú 8 de febrero de 1999 (Rec. 813/1995) para las menos recientes]. Es necesario atender en cada caso concreto al interés que esgrime la parte recurrente para defender su legitimación activa, máxime cuando la misma fue cuestionada, como ha ocurrido en este caso, y ha sido defendida en forma extensa en el escrito de demanda. La sentencia no hace ese examen y, así, no recibe respuesta alguna el alegato de la recurrente que subraya en su demanda, que lo que expone sobre su interés legítimo " *es igualmente aplicable al recurso contencioso-administrativo especial de protección de derechos fundamentales regulado en el Capítulo Primero del Título V, artículos 114 y ss. de la ley reguladora de la jurisdicción , que no contiene normas especiales sobre legitimación, por lo que resultan de aplicación las generales ya invocadas* " (sic). Esa diferencia es esencial, no obstante, para diferenciar lo que se dijo en la sentencia de 27 de octubre de 2008 (Rec. 336/2007) y lo que debemos resolver ahora. No es consistente equiparar ambos casos porque la primera resolución citada se dictó en un procedimiento ordinario y la actual debe resolver un procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona. Lo ha percibido así el Ministerio Fiscal cuando subraya que « *como hizo notar esta Fiscalía en la pieza de medidas cautelares (y destacó el Voto particular al Auto de suspensión) la defensa de esos intereses profesionales se canaliza en el presente caso a través de un procedimiento especial para la tutela de derechos fundamentales*»

(subrayado en el original).

Comparto el razonamiento del Fiscal cuando indica que « *La advertencia de que los artículos 114 y ss. LJCA " no contienen normas especiales sobre legitimación "* (que aparece en la demanda y ya estaba, por ejemplo, en la *STC 24/2001 citada en ella*) *no resuelve a juicio del Fiscal la cuestión planteada, puesto que como es obvio la legitimación ad causam, que es de lo que aquí se trata, aparece íntimamente vinculada al objeto del proceso, de manera que no se hace necesaria la existencia de una norma explícita que restrinja o singularice el ámbito de legitimación cuando es evidente que éste sólo puede abarcar el posible objeto procesal. De modo que si dicho objeto se ciñe a la vulneración de una determinada clase de derechos subjetivos, como son los derechos fundamentales reconocidos por los artículos 14 y 23.2 CE , no es necesaria ninguna norma específica que advierta de lo obvio: que la legitimación para accionar a través de ese procedimiento corresponde a los titulares de esos derechos, y que esa limitación subjetiva por razón del objeto es perfectamente conforme al art. 24.1 de la Constitución »*. La pregunta a responder, por tanto, en

este caso es si existe interés legítimo para defender en el procedimiento especial que aquí nos ocupa derechos subjetivos fundamentales, que son de terceros innominados y que la demanda asegura que pueden pertenecer a miembros de la Asociación recurrente.

CUARTO.- La respuesta es negativa. Es constante la jurisprudencia constitucional que afirma que no existe interés legítimo cuando lo que se defiende es que ha existido vulneración de derechos fundamentales ajenos o de terceros, salvo los supuestos de representación u otros de carácter marcadamente excepcional. (Así, *SSTC 26/2011, de 14 de marzo, FJ 3* ; *220/2006, de 3 de julio, FJ 8* ; *69/2001, de 17 de marzo* , FJ 6 y Fallo; *228/1997, de 16 de diciembre FJ 3*; *228/1997, de 16 de diciembre, FJ 3* y *AATC 181/2007, de 12 de marzo, FJ 6* ; *4/2007, de 15 de enero, FJ 3* y *310/2000, de 18 de diciembre* , FJ 1).

La razón reside en la improcedencia de desnaturalizar la jurisdicción de protección de los derechos fundamentales por la vía de extenderla a supuestos en los que no se enjuicia una lesión real y actual de un derecho subjetivo de ese carácter. La Constitución no protege los derechos fundamentales en sentido teórico o ideal, sino como derechos reales y efectivos; por eso impone el deber de examinar fundadamente todas las denuncias de su vulneración mediante la utilización de criterios sustantivos que atiendan al contenido y finalidad del derecho que se dice vulnerado y permitan apreciar si esa vulneración se ha producido o no materialmente en el caso, más allá de una pura apariencia nominalista (por todas, entre las primeras, *STC 176/1988, de 4 de octubre* , FJ 4). No es admisible ampliar la legitimación a otros casos. No tiene relieve, para encontrar *otra legitimación*, la *STC 24/2001, de 24 de enero* , que simplemente se cita, aunque no se analiza en el FJ 1.1 de la sentencia de la mayoría. Es cierto, y así lo razona el Ministerio Fiscal, que en dicha sentencia -que ha sido invocada en su favor en la demanda por la asociación recurrente- se declaró la legitimación de un sindicato, conforme a las normas de la Ley 62/1978, para defender los derechos fundamentales de los *artículos 14 y 23.2 de la Constitución* , respecto de " *personas innominadas concernidas por las bases de una convocatoria*". Pero la apariencia es engañosa y, a mi entender, no justifica para encontrar *otra legitimación*, en contra de lo que sostiene el Fiscal. No puede dejar de apreciarse que en el caso de la *STC 24/2001* sí se habría vulnerado un derecho fundamental real, que era el *derecho de libertad sindical* de la parte actora, lo que justificaría la legitimación de ésta conforme a la Ley 62/1978: « *De ahí* " dice el FJ 5 de la *STC 24/201* " *que la negativa de la legitimación prive al sindicato de un medio de acción que le es propio, independientemente de que en el horizonte final el derecho defendido, no el ejercitado en el proceso, fuese el de igualdad de los componentes de un colectivo innominado*». No es ese el supuesto que aquí estamos enjuiciando. El *artículo 127 de la CE* prohíbe a los Jueces y Magistrados en activo pertenecer a partidos políticos y sindicatos. Hay que ser cuidadoso si se pretende aproximar el régimen de las asociaciones profesionales judiciales al de los sindicatos, porque una asimilación superficial haría que los Jueces y Magistrados debiesen tener prohibido pertenecer a ellas, al caer en el supuesto de hecho del artículo 127 del texto constitucional. En cualquier caso es obvio que las asociaciones judiciales no son titulares de un derecho a la libertad sindical. Dejando aparte la idea de la existencia de « *garantes de los derechos fundamentales ajenos*» incoada, tal vez para la libertad sindical, pero no admitida todavía por la jurisprudencia constitucional, el resto de asociaciones sólo tiene legitimación en el estado actual de la jurisprudencia para la defensa de derechos fundamentales propios. El amparo, y por extensión un recurso de protección de derechos fundamentales como el que nos ocupa, pertenece estrictamente al titular del derecho fundamental violado, y sólo de manera excepcional al Defensor del Pueblo o al Ministerio Fiscal, a quienes la ley sí faculta para ejercitar el

derecho ajeno. Así lo viene afirmando el Tribunal Constitucional desde el ATC 942/1985, de 18 de diciembre (FJ 1, 2 y Fallo), referido a la Asociación Profesional de la Magistratura, hasta la STC, del Pleno, 154/2016, de 22 de septiembre FJ 2.

QUINTO.- Por las razones que se acaban de exponer el recurso debió ser declarado inadmisibile, acogiendo el óbice procesal formulado por el Abogado del Estado. Como bien dice el defensor de la Administración, las Asociaciones judiciales no son guardianes abstractos de una legalidad objetiva y, es de añadir, tampoco defensores de derechos fundamentales ajenos o de terceros.

SEXTO.- En cuanto al fondo. Aquí podría terminar este voto particular. Sin embargo expreso mi postura respecto al fondo del asunto, como anuncié en las deliberaciones del recurso, aunque sólo en la medida en que lo aborda la sentencia de la que discrepo. A pesar de que se trata de derechos fundamentales, la sentencia mayoritaria no trata las infracciones denunciadas de discriminación indirecta por razón de sexo, del artículo 14 de la CE, ni -aún con mayor relieve para el caso- de la lesión de la igualdad en el acceso a cargos públicos, del artículo 23.2 CE. Tampoco es pertinente detenerse en su examen en este Voto particular.

SÉPTIMO.- Sólo aprecia la sentencia una lesión del artículo 14 de la CE, como se dice en el penúltimo párrafo de su FJ 9: « Por tal razón entendemos conculcado el art. 14 CE al establecer el Acuerdo recurrido una discriminación por edad carente de cobertura en el Instrumento internacional al que se refiere». La edad como es obvio, es una de las circunstancias incluidas en la fórmula abierta final del artículo 14 de la CE, porque no aparece como causa de discriminación expresamente prohibida en el artículo 14 de nuestra Norma Fundamental. Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos efectúan un test de razonabilidad y otro de proporcionalidad de la medida, cuando abordan problemas de discriminación por razón de la edad, como el que trata la sentencia. Como la mayoría no repara en ellos tampoco me voy a detener en su examen.

OCTAVO.- Como ya dije en el Voto particular a las medidas cautelares acordadas en este recurso, hay que llamar la atención sobre las citas -muy repetidas- que se hacen del futuro Protocolo 15 del CEDH. Son totalmente irrelevantes y deben tenerse por no puestas, para que no nos induzcan a confusión. Y ello no sólo porque no haya entrado en vigor el citado Protocolo 15 -lo que se reconoce por la mayoría- sino porque el artículo 8.1 del Protocolo 15 -que ya no se puede variar- contiene una norma transitoria que dispone que las modificaciones de edad que establecerá ese Protocolo sólo se aplicarán a los candidatos presentados a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa después de que el repetido Protocolo 15 entre en vigor. Dicho sea con otras palabras: los candidatos nombrados Jueces del TEDH que tengan con la regulación futura 65 años podrán alcanzar los 74 (ya que desaparecerá en el futuro el límite actual de 70 años) pero los candidatos que se propongan hasta que entre en vigor el Protocolo 15, que es lo único que aquí interesa, verán expirar fatalmente y *ex lege* su mandato a los 70 años. Planteada la cuestión en esos términos no me convencen, dicho sea con el mayor respeto, las razones que expresa la mayoría para declarar discriminatorio por razón de edad, y anular, el requisito de 61 años para ser postulante al puesto de Juez Titular del TEDH. La mayoría parece fundarse en que no hay " *margin de apreciación* " o " *espacio de maniobra* " y en que el Consejo de Ministros adoptó una medida que carecería de motivación.

NOVENO.- No comparto la segunda crítica porque nunca se ha constreñido la potestad del Consejo de Ministros de modificar los textos sobre los que delibera y

consta, además, en este caso una motivación. En el párrafo sexto de la explicación del Acuerdo impugnado se indica que « *resulta particularmente aconsejable que los tres candidatos que conformen la terna aprobada por el Consejo de Ministros estén en condiciones de cumplir en su integridad, antes de llegar a la edad de jubilación, el mandato de nueve años*». Tampoco puedo compartir la primera crítica. No se ha discutido el límite de edad de 70 años que establece el *artículo 23.2 del CEDH* ni tampoco la duración de 9 años del mandato de los Jueces (*artículo 23.1 CEDH*). Partiendo de esas premisas no veo irrazonable ni desproporcionado, a efectos de una declaración de inconstitucionalidad, el requisito de los 61 años que se establece en el acuerdo impugnado. No es convincente argumentar sobre la imposibilidad de un desarrollo del CEDH porque la sentencia lo reconoce, *con reiteración*, para las líneas directrices y los § 37 a 39 de éstas líneas directrices remiten a la buena práctica de cada Estado miembro para hacerlo. Por otra parte, es cierto que el apartado 5 de las líneas directrices, ampliamente citado por la mayoría, impulsa a los Gobiernos a que no presenten candidatos que, atendiendo a su edad, no sean capaces de permanecer en el cargo " *por lo menos*" la mitad de su mandato de nueve años antes de llegar a los 70 años. (subrayado mío). La referencia a una edad que permita agotar, al menos, medio mandato es una exhortación que pretende frenar la práctica contraria de los Estados que, al presentar candidatos con una edad avanzada, producen los inconvenientes obvios de un cambio frecuente de jueces, que daña la actividad y la experiencia del TEDH en su conjunto. Pero también debe advertirse que esas mismas líneas directrices, no discutidas por la mayoría, aclaran que: " *Esto contribuirá a un Tribunal estable de composición experimentada, evitando la interrupción que puede causar una elección más frecuente de nuevos jueces* " (cursivas mías) ni que los ejemplos de buena práctica (§ 30 de las mismas líneas directrices) subrayan que, entre candidatos de igual mérito, será preferido el postulante que pueda ejercer *la totalidad* (subrayado mío) o, por lo menos, la mitad del mandato (Holanda) o que *los candidatos queno puedan ejercer la totalidad de su mandato* (subrayado mío) deban ser interrogados sobre si sienten que, a pesar de su limitación de edad, se creen capaces de hacer una aportación significativa a las actividades del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Reino Unido). Entiendo, con el mayor respeto, que no se ha justificado en la sentencia que, en los términos expuestos, sea irrazonable la exigencia de un límite de edad de 61 años, ni que sea desproporcionado exigir esa edad para lograr que todos los que sean nombrados estén en condiciones de servir al Tribunal Europeo la totalidad de un mandato y no sólo la mitad de éste, que es el mínimo que, por lo menos, se debe cumplir. Al no demostrarse la irrazonabilidad o la desproporción del requisito es claro que el recurso debió ser desestimado.

DÉCIMO.- Conclusión. A la luz de lo expuesto entiendo que el recurso debió ser inadmitido por falta de legitimación *ad causam* de la asociación recurrente y, subsidiariamente, dados los argumentos de la mayoría, desestimado. Y, en tal sentido, formulo mi Voto particular.

Jorge Rodríguez Zapata Pérez

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico