

CONSTITUCIONALIDAD, *SOFT LAW* Y ELECCIÓN DE JUECES PARA EL TEDH: Comentario a la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2017

RAÚL C. CANCIO FERNÁNDEZ

Letrado del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho

SUMARIO

I. Introducción. II. Marco normativo: la regulación vs. la recomendación. III. El escenario español: 31 de enero de 2017 como fecha de finalización del mandato de nuestro juez en Estrasburgo. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Los procedimientos, mecanismos y protocolos de propuesta, selección y cooptación de candidatos para cubrir las vacantes en los órganos judiciales de naturaleza supranacional y, en particular, aquel que contempla el rito para servir las vacantes en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH), ofrecen al constitucionalista una perspectiva analítica acentuadamente interesante, desde el punto de vista de la complicada cohesión entre el denominado *soft law* y los derechos fundamentales que pueden verse afectados en esta clase de procedimientos selectivos.

El brocardo según el cual los tribunales solamente son buenos si sus jueces así lo son resulta aplicable, naturalmente, tanto a nivel nacional como internacional. Y, consecuentemente, las taras de un tribunal en el que alguno o algunos de sus miembros adolecen de la idoneidad necesaria, son asimismo predicables en uno y otro ámbito. En este sentido, es muy significativo advertir como Mackenzie, Malle-son, Martin y Sands¹, detectaron en los procesos de nominación y de elección de los miembros de tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia

1 *Selecting International Judges. Principle, Process, and Politics*, Nueva York, 2010, p. 173.

(CIJ) o la Corte Penal Internacional (CPI) los mismos tipos de vicios que tantas veces se reprochan a las altas magistraturas nacionales: el alto grado de politización, la falta de transparencia y la ausencia de estándares mínimos en relación con la calidad de los jueces seleccionados. En palabras de los propios autores «Pruebas de la politización se evidencian tanto en el proceso de nominación como también en el de elección. Para ambas cortes, las prácticas de nominación están fragmentadas, carecen de transparencia y son altamente variadas. En un extremo, hay unos pocos candidatos que han pasado por un proceso de consulta formal y transparente enfocado en el mérito; en el otro extremo, no es raro que algunas personas sean seleccionadas como resultado de consideraciones políticas expuestas abiertamente o incluso de nepotismo. Cualquiera sea la forma adoptada para el proceso de nominación, todos los candidatos nominados tienen que atravesar un proceso de elección altamente politizado».

El resultado de todo esto es que la cualificación de los candidatos, en el mejor de los casos, constituye un factor secundario, siendo entonces cuando entran en juego los elementos tantas veces invocados de *soft law*, como vectores lenitivos de ese necesario rigor.

Y es que tanto el origen como la configuración dogmática de este *soft law* o *weak law*, o como se le ha denominado en castellano, «derecho flexible», «pre-derecho», «derecho blando» o «en agraz», radica precisamente en el marco del Derecho internacional y, en particular, en el ámbito de las organizaciones internacionales —entre la cuales bien pueden incluirse a este tipo de tribunales supranacionales—, no en vano, el término fue acuñado por Arnold McNair, juez de la Corte Internacional de Justicia y, repárese en el detalle, primer presidente del TEDH, para dar respuesta a ese ámbito conceptual existente entre las proposiciones de *lege lata* y *lege ferenda*.

En relación a los instrumentos que podemos calificar de *soft law* diremos que éstos varían en función del concepto que del mismo se tenga, resultando pacífico, no obstante, la existencia de tres grandes grupos en el ámbito internacional: las recomendaciones dictadas bien por Organizaciones Internacionales, bien por actores no estatales, o bien por los propios Estados para orientar su comportamiento en determinados ámbitos, pudiendo añadirse una cuarta fuente respecto del ámbito comunitario: las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para los Estados que no son parte en los litigios.

Por lo que respecta a las funciones, puede señalarse, de un modo general, que la principal tarea de estos instrumentos es hacer más efectivo el *hard law* o derecho vinculante, que goce de mayor eficacia, al permitirle alcanzar sectores donde éste no llega, completando su regulación, colmando sus lagunas, interpretándolo y sirviéndole de base para una construcción imperativa posterior. En el ámbito comunitario y desde sus orígenes, las decisiones sobre determinadas competencias cedidas a la Comunidad por parte de los Estados miembros exigían de la unanimidad para ser tomadas, tal y como es el caso, verbigracia, de la fiscalidad. El número de Estados miembros y su heterogeneidad ha supuesto severas dificultades para

avanzar en dichos ámbitos, por ello, y con la finalidad de que la unanimidad no constituyera un obstáculo para la realización de los objetivos comunitarios, se han ido adoptándose normas integradas en el *soft law* comunitario, lo que ha permitido dinamizar y estandarizar este sector.

Pues bien, esta *lex imperfecta*, se manifiesta es todo su esplendor también en lo concerniente a los protocolos, directrices, líneas maestras y reglas que pautan este tipo de regímenes selectivos. Nótese en este sentido como los Estados Firmantes del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, a la hora de proponer a sus candidatos para estas magistraturas, deberán atender, en primer lugar, a las disposiciones normativas estatutarias que regulan el tribunal en cuestión; en segundo término, al extraordinario acervo orientativo, sugestivo e indicativo tan propio del entorno *soft* que le acompaña, y todo ello además, sin perjuicio de la observancia que en todo momento ha de prestarse de los principios constitucionales durante la fase nacional del proceso selectivo.

Esta tormenta perfecta normativa a diferentes niveles ha tenido, como no podía ser de otra manera, su reflejo litigioso cada vez que por parte de nuestro gobierno ha debido proponerse una terna de candidatos al TEDH. Ya pasó en 2008 y ha acaecido igualmente en 2017. Entonces la Sala 3ª del Tribunal Supremo (STS de 27 de octubre de 2008, rec. 366/2007) desestimó el recurso directo interpuesto por una asociación profesional de jueces (con voto particular) y hogaño, se ha estimado el recurso (STS de 31 de mayo de 2017, rec. 88/2017, también con voto discrepante), igualmente deducido por otra asociación judicial contra el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se hacía pública la terna de aspirantes. Analizaremos más delante esta última decisión.

II. MARCO NORMATIVO: LA REGULACIÓN VS. LA RECOMENDACIÓN

El Título II del CEDH, regulador del TEDH, contempla en su artículo 21 las condiciones que debe tener el aspirante a juez del tribunal, siendo únicamente regladas y exigibles las dos siguientes: gozar de la más alta consideración moral y, en segundo lugar, reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia. Cuestión distinta es qué debe considerarse como perfil acreedor de la más alta consideración moral o cuáles son las condiciones que deben adornar al candidato para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia.

El precepto siguiente regula el modo de elección, previéndose que será la Asamblea Parlamentaria en razón de cada Alta Parte Contratante, por mayoría absoluta de votos, de una lista de tres candidatos presentada por aquella.

Finalmente, y en cuanto a la *duración del mandato y su revocación*, el artículo 23 CEDH establece que los jueces serán elegidos por un periodo de nueve años, sin

posibilidad de reelección, finalizando su mandato al alcanzar la edad de 70 años, permaneciendo en sus funciones hasta su sustitución. No obstante, continuarán conociendo de los asuntos que tengan ya asignados.

Hasta aquí las magras prescripciones regulatorias. Ahora el *soft law*.

En la conocida como Declaración de Interlaken (Suiza), sobre el futuro de los Derechos Humanos, fechada en 19 de febrero de 2010, se ponderaba la importancia de mantener la independencia de los jueces y de preservar la imparcialidad y la calidad del TEDH, y para ello, la Conferencia instaba a los Estados Partes y al Consejo de Europa a: «a) garantizar, de ser necesario, mejorando la transparencia y la calidad del procedimiento de selección a nivel nacional y europeo, la plena satisfacción de los criterios de la Convención para el ejercicio de la función de juez de la Corte, incluido el conocimiento del derecho internacional público y de los sistemas jurídicos nacionales, así como el dominio de al menos un idioma oficial. Además, la composición del Tribunal debe comprender la experiencia jurídica práctica necesaria».

En desarrollo de esta Declaración, en el mes de marzo de 2012 se aprobó por el Comité de Ministros el denominado *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*², que se complementó con otro texto no imperativo ulterior, pero igualmente significativo, *The Explanatory Report to Protocol n° 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention* (El Informe Explicativo al Protocolo n° 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que modifica el sistema de control del Convenio [Estrasburgo, 13.V.2004]), ambos consagrados a trazar las pautas elementales de los procesos de selección de candidatos.

Añádase a estos instrumentos orientativos, el Documento de Información preparado por el Secretariado de la Asamblea Parlamentaria de 19 de diciembre de 2017³, por el que se regula el procedimiento para la elección de jueces del TEDH, que viene a consolidar y reforzar las recomendaciones formuladas a los Estados en 2004 cuando se instó a los gobiernos a garantizar, entre otras cosas, que se publicitase la convocatoria de candidaturas a través de la prensa especializada o que cada lista contuviese candidatos de ambos sexos, enfatizándose la necesidad de mayor imparcialidad y transparencia en los procedimientos nacionales de selección, la necesidad de que los candidatos posean varios años de experiencia laboral (judicial) relevante y un conocimiento de ambos idiomas de trabajo de la Consejo de Europa (inglés y francés).

Y todo ello, sin perjuicio de la necesaria referencia al Protocolo n°15 (de 16 de mayo de 2013), fruto de la Declaración de Brighton⁴ que exige a los candida-

2 Exposición de motivos de las Directrices del Comité de Ministros sobre la selección de candidatos para el cargo de juez en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [CM(2012) 40 addendum final 1138.

3 AS/Cdh/Inf (2018) 01.

4 Conferencia de Alto Nivel sobre el Futuro de la Corte Europea de los Derechos Humanos, celebrada en abril de 2012.

tos que tengan menos de 65 años en la fecha de presentación de las candidaturas a la Asamblea Parlamentaria, sin fijarse límite superior. Protocolo, por cierto, no suscrito aún por el Reino de España y, por tanto, no invocable como derecho aplicable.

III. EL ESCENARIO ESPAÑOL: 31 DE ENERO DE 2017 COMO FECHA DE FINALIZACIÓN DEL MANDATO DE NUESTRO JUEZ EN Estrasburgo

Con objeto de cumplir con el referido término —ampliado por la Asamblea Parlamentaria en seis meses adicionales—, el Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017 aprobó un acuerdo por el que se establecen pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del TEDH⁵.

Para ello, a iniciativa del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, se instará a los Ministerios de Justicia y de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales y al Consejo Ejecutivo de Política Exterior, con el fin de elaborar la propuesta de candidatos, quienes deberán gozar —*ex* artículo 21 CEDH— de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia, no pudiendo ejercer durante su mandato ninguna actividad que sea incompatible con las exigencias de independencia, imparcialidad o disponibilidad necesarias para una actividad ejercida a tiempo completo. Se establece un procedimiento público de selección mediante su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», así como por aquellos procedimientos adicionales que los Subsecretarios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Justicia y de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales decidan, para que llegue a conocimiento de los candidatos potencialmente aptos y durante un tiempo razonable.

Se constituye asimismo un comité encargado de evaluar la idoneidad de las candidaturas, que estará compuesto por el Secretario de Estado de Asuntos Exteriores, el Secretario de Estado de Justicia, el Subsecretario de Justicia y el Subsecretario de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, recayendo la presidencia del mismo en el Secretario de Estado de Asuntos Exteriores. Para el ejercicio de sus funciones, el Comité contará con el apoyo de una serie de asesores que podrán representar, entre otros: a la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, al Consejo General del Poder Judicial, a la Fiscalía General del Estado, al Defensor del Pueblo y a la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Sexto. El comité evaluará los currículum vitae recibidos y realizará las

5 BOE de 31 de enero de 2017, resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Públicas de fecha 25 de enero de 2017.

entrevistas que en su caso estime necesarias a efectos de comprobar la idoneidad de los candidatos para el puesto a cubrir, que, en todo caso, deberán reunir los siguientes requisitos: (i) Ostentar la nacionalidad española, (ii) No superar la edad de 61 años en la fecha límite para la presentación de candidaturas, (iii) Acreditar un elevado conocimiento de uno de los dos idiomas oficiales del Tribunal (inglés y francés) y al menos suficiente conocimiento pasivo del otro.

Y aquí, en estos presupuestos es donde surge la ineluctable fricción entre el *soft law* y el contenido constitucional.

Resulta incuestionable que los únicos presupuestos reglados derivados del CEDH son las exigencias contenidas en el antes citado artículo 21.1 del Convenio (alta consideración moral y cumplimiento condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia).

Consecuentemente, la previsión del acuerdo del Consejo de Ministros español que impide la concurrencia de personas mayores de 61 años que reúnan los requisitos exigidos por el artículo 21 CEDH, resulta una exigencia que se sitúa al margen de las previsiones legales y, de lleno, en el marco del *soft law*. En efecto, las Directrices del Comité de Ministros sobre la selección de candidatos para el puesto de juez en el TEDH [Memorando explicativo] establecen, en su punto 5: «Si son elegidos, los candidatos deberían, en general, ser capaces de ocupar el cargo durante al menos la mitad del período de nueve años antes de llegar a los 70 años de edad».

Y en su desarrollo, en el Informe Explicativo de las modificaciones al Protocolo nº 14 en lo que aquí interesa [términos del mandato y destitución, artículo 23] se puede leer 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».

Del mismo modo, por cierto, que la exigencia de habilidad en una de las lenguas del Consejo de Europa y, al menos, el conocimiento pasivo de la otra, que es sugerida en la Declaración de 19 de febrero de 2010 adoptada en la Conferencia de Interlaken 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).

De lo acabado de exponer, es incontrovertible 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 percibe, 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.

Otra cosa es lo que acontecerá tras la entrada en vigor del antes referido Protocolo n° 15. En ese momento el requisito, fijado en el Convenio, de tener menos de 65 años tendrá como finalidad que el candidato pueda cumplir el mandato completo de nueve años al no fijar una edad límite del ejercicio de la función al suprimir el artículo que la establece, con el fin de evitar que personas experimentadas no cumplan su mandato completo, previsión, insistimos, que carece de apoyo actual en el Convenio. En consonancia con ello, el Memorandum de las Líneas Maestras reputa buena práctica la establecida en el Reino Unido 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 en ese periodo necesariamente incompleto.

La Sala 3ª, en su Sentencia de 31 de mayo de 2017, que resuelve el recurso directo deducido frente al 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 TEDH, concluye que no cabe una restricción a un derecho fundamental (discriminación por edad carente de base legal razonable) como la establecida por el Acuerdo de 31 de enero de 2017, máxime cuando se encuentra carente de justificación en el expediente, 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 entendió conculcado el artículo 14 CE al establecer el Acuerdo recurrido una discriminación por edad carente de cobertura en el Instrumento internacional al que se refiere.

Es importante destacar el voto particular concurrente del Presidente de la Sala, quien sostuvo, en lo que aquí interesa que «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».

Se impone por tanto reiterar que la cuestión en discusión ni se plantearía si España y el resto de Estados que todavía no han ratificado el Protocolo n° 15 lo hubieren hecho de manera más resuelta. 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 ausencia de todas las ratificaciones del Protocolo n° 15 impide su entrada en vigor.

IV. CONCLUSIONES

El *soft law* es un fenómeno que carece de univocidad, su conceptualización y las funciones que debe desempeñar, admiten diferentes interpretaciones. No obstante, hay cierto consenso con relación a su catalogación como instituto que comprende aquellos instrumentos que carecen de efectos vinculantes pero que, sin duda, producen efectos jurídicos. Como acaba de verse en la Sentencia del Tribunal Supremo comentada, para este órgano jurisdiccional, su naturaleza no le alcanza para configurarse como fuente de Derecho, lo que implica que los agentes jurídicos no estén obligados, en puridad, a observarlo.

Sin embargo, lo cierto es que el legislador —cuando no el ejecutivo—, muy a menudo atienden y siguen sus pautas, en el plano interpretativo, siendo moneda corriente que el *soft law* sirva de inspiración a los Parlamentos nacionales en la adaptación de la legislación interna, tal y como ocurre no sólo en el ámbito de los procesos selectivos nacionales, sino en ámbitos tan sensibles como el sistema fiscal.

Esta antinomia que plantea la armonización de la *lex dura* y la «blanda», exige necesarias e indispensables mejoras en el particular ámbito de los procesos selectivos a altas instancias jurisdiccionales supranacionales. Algunas propuestas se han reunido ya hace años en una serie de principios sobre la independencia de la justicia internacional recogidos en *The Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary*⁶ que prevén, en este sentido, algunas condiciones mínimas que deben fijarse como base para la elección de los jueces internacionales.

Transparencia y responsabilidad durante el proceso de nominación y de elección son elementos nucleares. En este sentido, el trabajo de la «Coalición por la Corte Penal Internacional» (CCPI) adquiere una singular importancia. Esta agrupación de diferentes organizaciones no gubernamentales fiscaliza el proceso de nominación y de elección e incluso en ocasiones realiza entrevistas a los candidatos que ulteriormente son publicadas. Teniendo presente la fuerte politización de los procesos de nominación nacional, se puede efectuar un control sólo a nivel internacional sobre el proceso de nominación y de elección del correspondiente tribunal internacional, estas mejoras son indispensables, pues es cierto que la legitimidad de los tribunales internacionales depende en gran medida de la legitimidad del proceso de selección y de la calidad de sus jueces. Por tal razón, desde este tipo de plataformas se insiste en reivindicar «medidas urgentes para limitar el rol creciente y ubicuo de los factores políticos externos, con el objeto de garantizar que la política no abruma la posibilidad de elegir a los mejores jueces para los tribunales internacionales».

Los instrumentos propios del denominado *soft law* se caracterizan por ser un conjunto abierto y flexible que no necesariamente se opone al *hard law*, ni pretende sustituirlo, sino que en muchas ocasiones lo antecede o lo complementa. Su naturaleza «informal» permite adaptar el sistema jurídico a los complejos desarrollos de los procesos de globalización mundial, habilitando espacios de participación a otros actores que están excluidos de los procesos formales de creación normativa. Esto otorga legitimidad al sistema y presiona políticamente a los Estados que prefieren cumplir de buena fe sus compromisos en materias de interés general para la comunidad internacional. En síntesis, y como bien apuntó hace muchos años uno de los autores que mejor y más autorizadamente han escrito sobre el *soft law* comunitario, el profesor Alonso García, el error radica en enfrentar al *soft* y el *hard law*, en presentarlos como vectores antagónicos. El actual decano de la Facultad de Derecho de la UCM sostenía hace más de quince años una consideración del «derecho blando» en una cuádruple funcionalidad: como avance, como alternativa, como complemento y como parámetro de interpretación del *hard law*.

«En primer lugar, puede el *soft law* ser remedio en momentos no idóneos, desde un punto de vista político, económico o incluso técnico, para una intervención de la

6 SANDS, O., CAMPBELL, M., MCKENZIE, R., International Law Association Study Group, 2004.

Comunidad con carácter imperativo en un determinado sector, actuando como preparación —política, económica o técnica— de intervenciones imperativas futuras, vía *hard law* (...) El *soft law* puede también en ocasiones actuar como complemento del *hard law* en presencia de condicionamientos, incluidos los jurídicos, que dificulten o impidan una intervención completa vía imperativa (...) El *soft law*, finalmente, puede ser utilizado como herramienta de seguridad jurídica, para proporcionar a las Administraciones y operadores privados un marco de referencia presidido por la claridad y coherencia en la aplicación del *hard law* comunitario; marco de referencia que bien puede adquirir tintes «preventivos» en sectores particularmente conflictivos —actual o potencialmente— dada la complejidad de su regulación o, sencillamente, la presencia de intereses en juego especialmente sensibles, que reclamarían una intervención por la vía del *soft law* a los efectos de orientar la conducta de Administraciones y operadores privados en dirección considerada por la Comunidad como compatible con el ordenamiento comunitario»⁷.

En efecto, avance, alternativa, complemento y paradigma exegético del *hard law*, pero difícilmente cabe defender la idoneidad de este «derecho blando» para amparar una capacidad legislativa sin respaldo habilitante que pueda acarrear el cercenamiento de un derecho fundamental.

Christine Chinkin, profesora de la London School of Economics and Political Science, ha sintetizado esta cuestión de manera asombrosamente clarividente: «*Soft law as evidence of the existence of hard obligations*»⁸.

TITLE: *Constitutionality, soft law and election of judges for the ECHR: the Decision of the 3rd Chamber of the Supreme Court of May 31, 2017.*

ABSTRACT: *The high degree of politicization, the lack of transparency and the absence of minimum standards in relation to the quality of the judges selected for supranational courts are the most common reproaches in this kind of selective procedures. It is not unreasonable to conjecture that behind these suitability problems may be the disproportionate presence of soft law or non binding norms in this type of cooptative process. The present article analyzes, on the one hand, the «soft» normative acquis that governs these processes, in particular, that contemplated for the selection of judges for the ECHR and, on the other, the litigious consequences that the recalcitrant observance of these norms entails, with the recent Supreme Court Decision of May 31, 2017, which the Government considered violated by Article 14 CE by establishing in the Agreement establishing guidelines for the preparation of a shortlist of candidates for the election of Head Judge of the ECHR discrimination by age lacking coverage in the international instrument to which it refers.*

RESUMEN: *El alto grado de politización, la falta de transparencia y la ausencia de estándares mínimos en relación con la calidad de los jueces seleccionados para los Tribunales supranacionales, constituyen los reproches más habituales en esta clase de procedimientos selectivos. No es descabellado conjeturar que detrás de estos problemas de idoneidad pueda estar la desproporcionada presencia de normas de soft law o non binding*

7 «El *soft law* comunitario», *Revista de Administración Pública*, n° 154, 2001, págs. 63 y ss.

8 «Normative Development in the international legal system», SHELTON, D., (Ed.), *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, op. cit., pp. 30 y 31.

norms en este tipo de procesos cooptativos. El presente artículo analiza, de una parte, el acervo normativo «blando» que pauta estos procesos, en particular, el contemplado para la selección de jueces para el TEDH y, de otra, las consecuencias litigiosas que la recalcitrante observancia de estas normas acarrea, con la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2017, que entendió conculcado por el Gobierno el artículo 14 CE al establecer en el Acuerdo por el que se establecen pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del TEDH una discriminación por edad carente de cobertura en el Instrumento internacional al que se refiere.

KEY WORDS: ECHR. *Nomination of judges. Soft law. International right. Constitutional right. International courts. Minister council. Supreme Court. Discrimination based on age.*

PALABRAS CLAVE: TEDH. *Nombramiento de jueces. Soft law. Derecho internacional. Derecho constitucional. Tribunales internacionales. Consejo de Ministros. Tribunal Supremo. Discriminación por razón de la edad.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.12.2017

FECHA DE ACEPTACIÓN: 01.02.2018

