

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
Sección: CUARTA
AUTO

Fecha Auto: 08/03/2017

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES **Num.:** 88/2017 - 0021

Fallo: Auto ha lugar Medida Cautelar

Ponente: Excmo. Sr. D. Celsa Pico Lorenzo

Procedencia: T.SUPREMO SALA 3A. SECCION 4A.

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Escrito por: PMS

Nota:

CONTRA ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS DE 20 DE ENERO DE 2017. SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR.

REC.ORDINARIO(c/a) **Num.:** 88

Ponente Excmo. Sr. D.: Celsa Pico Lorenzo

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: CUARTA

AUTO

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Magistrados:

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. José M. 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. Rafael Toledano Cantero

D. Cesar Tolosa Tribiño

En la Villa de Madrid, a ocho de marzo de dos mil diecisiete.

HECHOS

PRIMERO.- Por la Asociación Jueces para la Democracia y actuando bajo la dirección de los letrados del CAM D^a Ana Noguero Carmena y D. Raul Curto González se interpone recurso contencioso-administrativo 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.

Mediante Otrosí solicita como medida cautelar la suspensión del acuerdo recurrido en cuanto a su efectividad y aplicación para el proceso de selección de candidatos para la elección de Juez Titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta la finalización del recurso.

Justifica su pretensión cautelar en la apariencia de buen derecho que le asiste respecto de la improcedencia del requisito de que los candidatos tengan menos de 61 años de edad, y también, en la pérdida de la finalidad legítima del recurso de no suspenderse el acuerdo.

SEGUNDO.- 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. Magistrado Presidente de la Sección se dirigió oficio al Excmo 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 resolviera mediante celebración de nueva vista, concurriendo a ella los Magistrados que hubieran asistido a la primera, aumentándose en dos más.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Celsa Pico Lorenzo**, Magistrada de la Sala

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- 1. La representación procesal de la Asociación Jueces para la Democracia interesa la suspensión del 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.

Arguye que “ la pretensión del recurso es la protección del derecho fundamental a la igualdad reconocido en los arts. 14 y 23.2 de la C.E., art. 14 y Protocolo adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos, arts. 14, 20, 21.1 y 23 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea , declarando la nulidad del requisito que establece la edad máxima en 61 años para poder aspirar a ser incluido en la terna de candidatos para la elección de Juez titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, por lo que solicita se adopte como medida cautelar la suspensión del acuerdo recurrido.

Con carácter previo a la petición de la medida cautelar los razonamientos del escrito interponiendo recurso contencioso administrativo explican que el acuerdo impugnado introduce una discriminación por razón de edad y una discriminación indirecta por razón de género “al perjudicar mayoritariamente a mujeres juristas”.

Argumenta que la exigencia de edad no tiene justificación objetiva pues no constituye un requisito profesional, ni responde a las características

de la actividad a desarrollar, que no está sujeta a una duración mínima, sino máxima de 9 años. Destaca que el criterio 5 de las directrices adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 29 de marzo de 2012 (citado en el acuerdo recurrido) establece que con carácter general los jueces deberán ejercer sus funciones al menos la mitad del mandato de 9 años antes de cumplir los 70 años de edad, en ningún caso los 9 años completos.

2. Objeta la petición el Abogado del Estado.

Defiende que no puede estimarse la apariencia de buen derecho pues se basa en una supuesta infracción legal que no respeta el criterio orientativo nº 5 de los adoptados por el Comité de Ministros de 29 de marzo de 2012 y el protocolo 15.

Invoca el Auto de 8 de junio de 2005 sobre que no concurre una causa de nulidad de pleno derecho.

Defiende que la exigencia de 61 años responde a que se ha reputado conveniente que el candidato elegido pueda cumplir todo el mandato como expresa la exposición de motivos del Acuerdo.

Tampoco acepta el peligro de mora con cita del Auto de 17 de setiembre de 2007, recurso 366/2007, sobre que el candidato pueda cumplir su mandato.

Reputa difusos los intereses que defiende la asociación recurrente, así como que su argumentación sobre la incorporación de la mujer al ámbito profesional no justifica la tesis pues se encontraría menos afectado por la existencia de dicha limitación.

Concluye que la suspensión si causaría graves perjuicios a los intereses generales al impedir que España pudiera hacer la propuesta para la designación.

3. El Ministerio Fiscal mantiene también que no procede la suspensión interesada.

Deja de lado los problemas de legitimación procesal respecto de la invocación de derechos en abstracto para focalizar su atención en que la pretensión resulta prematura pues la lesión sólo puede materializarse con la convocatoria para la presentación de candidaturas o la inadmisión de las que no reunan el requisito de edad.

Sostiene que la cuestión del “fumus bonus iuris” debe aplazarse al debate pleno sobre la legalidad o constitucionalidad.

SEGUNDO.- En los Autos de 14 de julio de 2009, (recurso 70/2009) y 31 de marzo de 2011,(recurso 169/2011), de esta Sala y Sección recordábamos lo dicho en la Sentencia de 4 de febrero de 2008, recaída en el recurso de casación 926/2006 sobre la constante doctrina acerca de que nuestro ordenamiento parte del principio de eficacia de la actividad administrativa, (art. 103.1 CE) , y del principio de presunción de validez de la actuación administrativa, (art. 57 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992 , de 26 de noviembre, LRJAPAC).

Establece el art. 129 LJCA 1998 la posibilidad de interesar la adopción de medidas cautelares para luego declarar el art. 130 "1. *Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al*

recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada".

Los mencionados preceptos suponen la plasmación legal de una consolidada doctrina jurisprudencial y del Tribunal Constitucional de la que consideramos oportuno destacar algunos de los aspectos más relevantes. Todo ello para responder a los alegatos aquí suscitados así como a la oposición que formula el Abogado del Estado.

Debemos subrayar que aunque el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa recogía explícitamente el criterio de la apariencia de buen derecho, aquí esgrimido como fundamento principal de la pretensión, aquel fue suprimido en trámite parlamentario. No alcanzó, pues, el rango de norma positivizada en la LJCA aunque posteriormente se plasmara en la LEC 1/ 2000, cuyo artículo 728, reza *"peligro por mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución"*.

TERCERO.- El máximo interprete constitucional ha sentado que la justicia cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 115-87, 7 de julio, 238-92, 17 diciembre, 148-93, 29 de abril), ya que "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso". Sucede, en consecuencia, que "la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue" (STC 148/93, 29 de abril).

Posición que asimismo ha mantenido este Tribunal Supremo al declarar que "la necesidad de atenerse a la singularidad de cada caso debatido por las circunstancias concurrentes en el mismo, lo que implica, desde luego un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones

dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes" (Autos de este Tribunal de 23 de enero de 1990, 8 de octubre de 1991, 31 de octubre de 1994).

Es constante el criterio de esta Sala acerca de que "la suspensión de la ejecutividad de los actos recurridos es una medida provisional establecida para garantizar la efectividad de la sentencia que en su día pueda recaer en el proceso principal" (Sentencia de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002 con mención de otras anteriores).

En esa misma línea se decanta el Tribunal Constitucional al sostener que no cabe, por tanto, prejuzgar el fondo del asunto por lo que son ajenas al incidente cautelar las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal (STC 148/1993, 29 de abril, ATS 22 de octubre de 2002).

La posibilidad de que la nulidad de pleno derecho pueda operar para justificar la suspensión está condicionada a que "de una manera terminante, clara y ostensible se aprecie la concurrencia de una de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en nuestro ordenamiento" [STS de 21 de octubre de 2004, (recurso de casación 1723/2002), reproduciendo múltiples autos y sentencias anteriores en la misma línea]. Es obvio que la virtualidad de tal doctrina es escasa al no ser el incidente de suspensión el trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito que ha de resolverse en el proceso principal. Puede caber el caso de que, con anterioridad a la adopción de la medida cautelar cuestionada, el órgano jurisdiccional se hubiere pronunciado, en otros pleitos, sobre la invalidez del acto cuestionado (STS de 13 de junio de 2007, recurso de casación 1337/2005). O el de que la nulidad sea absolutamente manifiesta.

No hay aquí causa de nulidad de pleno derecho que pueda justificar la suspensión amparada en la apariencia de buen derecho, tal como objeta el Abogado del Estado. Si bien el Protocolo 15 del Convenio Europeo de

Derechos Humanos fue firmado por España el 24 de junio de 2013 no consta su ratificación, lo que sí hubiere comportado su entrada en vigor y por tanto la condición de instrumento jurídico internacional a respetar por el ordenamiento jurídico interno. Ha informado la Subsecretaria del Ministerio de Justicia que de los 43 Estados firmantes, lo han ratificado 32.

CUARTO.- Los criterios anteriores conducen a que se venga reiterando por este Tribunal que fuera de esos supuestos la suspensión de la ejecución de una disposición de carácter general ya supone un grave perjuicio del interés público (STS de 12 de julio de 2004 con cita de Autos anteriores; ATS de 27 de noviembre de 2006 con cita de amplia jurisprudencia). Y que solo en caso de “grave daño individual” cabe su suspensión (ATS de 15 de julio 1993 recurso 6564/1992, ATS de 29 de julio de 2004, recurso 58/2004).

También se insiste (ATS de 27 de noviembre de 2006, recurso ordinario 53/2006, con cita de otros anteriores) en que, cuando se trata de impugnación de disposiciones generales, es prioritario el examen de la medida en que el interés público, implícito en la propia naturaleza de la disposición general, exija la ejecución.

Aquí no se trata de una disposición general ni de la preconvocatoria de un concurso. Sin embargo, las pautas establecidas en el acto impugnado guardan analogía en cuanto a su naturaleza vinculante con las bases que rigen aquellos en cuanto fija los requisitos del proceso de selección para, en su virtud, elaborar una terna de candidatos para la elección de Juez titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a presentar por el Reino de España. No ha de olvidarse que las convocatorias de los procesos de selección o la fijación de las bases constituyen la ley del proceso selectivo a la que quedan sometidos tanto los que concursan como la Administración convocante.

Y esta Sala en Sentencia de 6 de junio de 2012,) recurso de casación 738/2011, FJ 6º), recordó la doctrina anterior sobre que *"la jurisprudencia de la Sala en determinadas ocasiones ha admitido la impugnación a través de los actos de aplicación de las bases no recurridas en su momento, aunque esa posibilidad se ha adaptado solamente a título de excepción en aquellos casos en que era evidente la nulidad de alguno de sus extremos o su ilegalidad y trascendencia (sentencias 107/2003 del TC y entre las de esta Sala las de 25 de febrero de 2009 (casación 9260/2004, entre otras). Fuera de tal hipótesis, el criterio es el contrario"*.

Y la Sentencia de 20 de mayo de 2009, (recurso de casación 690/2008) , con cita de otras anteriores reitera que "la pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando, para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto".

También se ha reiterado que "con la medida cautelar se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil" (STS de 10 de octubre de 2006, recurso de casación 5372/2004).

QUINTO.- Sentado lo anterior debemos valorar si la aplicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros en su reunión del 20 de enero de 2017 anunciando un proceso selectivo y estableciendo las pautas para la elaboración, en su virtud, de una terna de candidatos para la elección de Juez Titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pautas que establecen entre otros requisitos para presentar la candidatura la exigencia de no superar la edad de 61 años en la fecha límite para la presentación de

candidaturas, hace perder su finalidad legítima al recurso como sostiene la asociación recurrente.

Se trata del criterio al que se refiere el primer apartado del art. 130 LJCA siguiendo la pauta establecida en su momento para el recurso de amparo por el art. 56.1. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, LO 2/1979, de 3 de octubre. Además el apartado segundo del citado artículo exige ponderar los perjuicios inherentes.

Este último precepto no ha sido esgrimido de forma expresa por la asociación recurrente, que cita el art. 129 LJCA, aunque si hace mención a su contenido.

No es la fase cautelar el momento para pronunciarse sobre la pretendida discriminación indirecta a las mujeres tal como objeta el Abogado del Estado. También refuta el Ministerio de Justicia con datos extraídos de la web del CGPJ, con ocasión de la remisión del expediente administrativo. Carece de desarrollo argumentativo en la petición cautelar. Resulta insuficiente en una pretensión suspensiva invocar que la tardía incorporación de las mujeres juristas española a puestos de toma de decisiones incide negativamente en la exigencia de menos de 61 años.

SEXTO.- 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 casación 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.

Las circunstancias analizadas en el auto de 17 de setiembre de 2007 no dando lugar a la suspensión del antedicho Acuerdo son distintas a las aquí impugnadas en razón del cambio operado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre otros puntos, en cuanto a la duración del mandato y la no posibilidad de reelección. Aquí, además, se está en la fase de fijación de pautas para la elaboración de una terna, mientras allí se petitionó la suspensión del Acuerdo del Consejo de Ministros que aprobó la terna de candidatos a elevar a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

Justamente el Acuerdo impugnado, como arguye la asociación recurrente, hace mención a las reformas operadas en el Convenio y a la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 29 de marzo de 2012 aprobando unas líneas maestras sobre el procedimiento de selección de candidatos a tener en cuenta por los Estados proponentes.

Tales Líneas Maestras, en especial en las calificadas como Buenas Prácticas, constituirían lo que tradicionalmente en el ámbito del Derecho Internacional Público, y más modernamente en Derecho Comunitario [(Sentencia de 13 de diciembre de 1989, (asunto 322/1988, Grimaldi)], se ha venido reputando como “soft law” por su carencia de efectos jurídicos vinculantes. Carecen de naturaleza imperativa. No obstante lo cual afirmó el Tribunal de Justicia que “las recomendaciones” no están privadas de efectos jurídicos desde el momento en que los jueces nacionales han de tenerlas en consideración para resolver las controversias sirviendo como criterio interpretativo.

A la vista de cuanto precede se concluye que existe riesgo de pérdida de la finalidad legítima del recurso ya que, de no suspenderse, el

Acuerdo impugnado, el procedimiento de selección de los candidatos se llevaría a cabo conforme a los requisitos que establece, pues dado su tenor, no requiere de ulteriores complementos sino simplemente del anuncio de la apertura del proceso selectivo. De ahí que de no adoptarse la medida cautelar solamente podrían participar en él los aspirantes que cumplan las condiciones exigidas en el mismo.

En cuanto a la extensión de la suspensión cautelar, debe extenderse al acuerdo impugnado en su totalidad, por una doble razón.

Por un lado, porque eso es exactamente lo que solicita la asociación recurrente.

Y por otro lado, por un motivo aún más relevante: si se suspendiera la eficacia del acuerdo impugnado tan sólo en lo relativo al requisito de no tener más de 61 años en el momento de la convocatoria, se correría el riesgo de hacer perder su efecto útil al propio acuerdo que es objeto del litigio, pues podría entenderse como una imposición al Gobierno de tener por admisibles a aquellos potenciales candidatos que, por razón de edad, el acuerdo impugnado tiene por no admisibles. Es decir, supondría anticipar en este momento un pronunciamiento de fondo.

SÉPTIMO.- La estimación de la pretensión conduce a que no proceda un pronunciamiento expreso sobre costas.

Por todo ello,

LA SALA ACUERDA: Acceder a la suspensión cautelar interesada por la representación procesal de la Asociación Jueces para la Democracia del Acuerdo de 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.

Todo ello sin expresa imposición de costas.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, DON JOSÉ LUIS REQUERO IBÁÑEZ Y DON RAFAEL TOLEDANO CANTERO, 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).

Disentimos de la medida cautelar de suspensión del Acuerdo del Consejo de Ministros recurrido, que fija pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Damos a nuestra posición la forma de auto, como dispone el artículo 260.1 de la LOPJ, en el que expresamos los antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho que no coinciden con los del Auto de la mayoría.

Manifestamos nuestro mayor respeto a la opinión contraria de nuestros compañeros de la Sala, que siempre ponderamos con la máxima atención.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Asociación profesional Jueces para la democracia pide la protección del derecho fundamental a la igualdad y de acceso a cargos públicos, reconocidos en los artículos 14 y 23.2 de la CE, mediante una declaración de nulidad del requisito de la edad máxima de 61 años para postularse como candidato a figurar en la terna.

Sostiene la recurrente que concurre apariencia de buen derecho en cuanto al requisito de no superar los candidatos a Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la edad de 61 años en la fecha límite para la presentación de las candidaturas porque: **a)** no está previsto legalmente e, incluso, excede en mucho del alcance del criterio orientativo nº 5, incluido entre los adoptados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 29 de marzo de 2012, que se cita en el Acuerdo recurrido y del protocolo 15 al CEDH y **b)** limita de forma injustificada la posibilidad de presentarse a un número importante de juristas, fundamentalmente mujeres, provocando una situación discriminatoria por razón de edad e indirecta por razón de sexo.

Defiende la actora que la ejecución del acuerdo impugnado puede hacer perder su finalidad legítima al recurso, por cuanto de iniciarse el proceso selectivo impediría la presentación a todos aquellos que, reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 21 CEDH y otros como el conocimiento de los idiomas superaran los 61 años.

Aduce, en fin, que la suspensión del acuerdo no implica perjuicio para los intereses generales.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal son contrarios a la medida de suspensión que se pide. Sus posiciones quedan expuestas en parte en los fundamentos jurídicos de este Voto particular.

TERCERO.- La Administración demandada ha remitido el expediente administrativo, en el que consta un informe de la Subsecretaria del Ministerio de Justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LJCA.

CUARTO.- Aceptamos, por remisión, el antecedente de hecho segundo del Auto de la mayoría.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Nuestra discrepancia. El Auto del que disintimos reconoce que no hay apariencia de buen Derecho en este caso (*sic* en FJ 3 *in fine*), por lo que parece rechazar la pretensión cautelar en ese punto.

Su razón de decidir se ciñe a la única razón de considerar que existe riesgo de pérdida de la finalidad legítima del recurso (FJ 6 *in fine*).

Considera necesario suspender el Acuerdo recurrido para evitar que el proceso futuro de selección de candidatos se lleve a cabo conforme a los requisitos que establece el Acuerdo impugnado al apreciar que éste no requeriría de ulteriores complementos, sino simplemente del simple anuncio de la apertura del proceso selectivo (FJ 6).

Sostenemos que del propio tenor literal del Acuerdo suspendido resulta con claridad lo contrario de esta afirmación, por lo que la pretensión cautelar es innecesaria, además de prematura, y debió ser rechazada como inconsistente.

Es pertinente efectuar además una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, como exige el artículo 130.1 de la LJCA. Con esta perspectiva, creemos que la concesión de la medida irroga un perjuicio grave e inmediato a los intereses generales y de terceros (artículo 130.2 LJCA), al retrasar o dificultar el procedimiento de elaboración de una terna de candidatos a la elección de Juez titular del TEDH, con daño a la seguridad jurídica y a la transparencia del proceso, que también debió conducir a denegar la medida cautelar.

Desarrollamos en forma breve estos argumentos, que defendimos en las deliberaciones de esta pieza separada.

SEGUNDO.- Ponderación de los intereses en presencia.

En una valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, (artículo 130.1 LJCA) destaca el relieve para los intereses generales del acuerdo impugnado. Debió determinar que se denegase la suspensión porque debe prevalecer sobre el interés abstracto y genérico que ha invocado la asociación profesional recurrente.

Se trata de la publicidad en España de normas de Derecho internacional público de carácter derivado, en cuanto dictadas en el ámbito interno de una Organización internacional -el Consejo de Europa- en la que el Reino de España es Estado contratante, y respecto de su sistema jurisdiccional de protección regional de derechos humanos, fundado en la Convención Europea de Derechos del Hombre y en el Tribunal Europeo del mismo nombre.

El preámbulo del Acuerdo recurrido se refiere, en forma expresa, a estas normas de Derecho derivado como “*líneas maestras*” (“*lignes directrices*”; “*guidelines*”) aprobadas por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 29 de marzo de 2012.

Nuestra resolución puede suspender la eficacia interna de esas medidas pero, como es obvio, no puede afectar a las normas vinculantes ni a las simples líneas directrices de Derecho internacional público que dimanar de la pertenencia de España a una Organización supranacional, como resulta de la regla del “*contrarius actus*” que establece el segundo inciso del artículo 96.1 de la CE. Entendemos, por eso, que la calificación como “*soft law*” (en el FJ 6) o, en términos del Consejo de Estado francés para el derecho de la UE, como derecho flexible o “*droit souple*” (por todos, Auto del Pleno de 2 de abril

de 2014 (Recurso 63/2013) en nada sirve -como diremos- para apoyar la razón de decidir del Auto y, caso de que fuera así, sólo se podría referir nuestra suspensión a los efectos internos de las líneas maestras del Acuerdo recurrido en nuestro ordenamiento interno, pero no afectar a lo que hemos denominado líneas directrices, en la esfera externa a nuestro Derecho, del Consejo de Europa.

La Exposición de Motivos de estas líneas directrices de Derecho internacional –publicadas en el portal de internet del Consejo de Ministros del citado Consejo de Europa y aportadas también al expediente que se ha remitido– subraya, en su versión completa (versión 4.4), que *«la autoridad y credibilidad de esta Corte y, de forma general, del conjunto del sistema de la Convención depende de la calidad de sus jueces. Cada juez es elegido por la Asamblea Parlamentaria de entre una lista de tres candidatos designados por una Alta Parte Contratante. Es por ello primordial que estos candidatos sean de la más alta calidad posible»*. La Conferencia de Interlaken de 2010 encareció a los Estados miembros y al Consejo de Europa la transparencia y la calidad en los procedimientos de selección a nivel nacional y europeo.

El apartado III de las líneas maestras regula en este sentido el procedimiento de llamada de los postulantes a candidato a Juez del TEDH, exige a los Estados miembros que el procedimiento de selección sea público y advierte que un procedimiento estable y preestablecido garantiza los principios de transparencia, coherencia y seguridad jurídica propios del Estado de Derecho. Los postulantes a candidato a Juez titular del TEDH -y el gran público- deben confiar que se seguirá un cierto procedimiento y por ello

deben conocer en forma previa y accesible sus detalles (§ 37 de las líneas directrices). El Acuerdo recurrido en este proceso se limita a cumplir lo que exige a España el número 1 del apartado III de las líneas directrices, a través de una de las posibilidades que el § 38 de las líneas directrices enumera y califica como “*buenas prácticas*” (*sic*), que ha sido su inserción en el Boletín Oficial del Estado.

En la medida en la que el Auto otorga la suspensión total de un Acuerdo de esta naturaleza nuestra discrepancia es máxima. Por lo que ahora nos interesa, España cumplía con el Acuerdo suspendido por el Auto del que disentimos, una obligación que le impone el Derecho internacional, al dar publicidad interna al procedimiento que se va a seguir en los procedimientos de selección de Jueces del TEDH y organizar una llamada que sea lo más eficaz posible a los postulantes a candidato. Nos parece que, con independencia del resultado de la pieza, lo expuesto pone de manifiesto que los intereses generales de España están afectados en forma evidente por la medida de suspensión cautelar del acuerdo recurrido.

En contrapartida, la asociación recurrente esgrime, en su petición cautelar, la protección de los derechos fundamentales de los artículos 14 y 23.2 de nuestra Norma Fundamental, pretensión a la que siempre ha sido sensible, como no podía ser de otra forma, nuestra jurisprudencia en este momento cautelar.

El Ministerio Fiscal aduce, sin embargo, problemas de legitimación en el caso, por entender abstracta la invocación de los derechos fundamentales que se hace y efectuarse, además, dicha invocación sobre

derechos fundamentales ajenos a la asociación recurrente, y al margen de su ejercicio por sus propios titulares.

Dejando aparte -en contra de lo que se razona en el FJ 6- que no sería igual la legitimación en un recurso ordinario (como fue el recurso 366/200) y en un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (artículos 114 y ss. LJCA), como el que nos ocupa, consideramos que no es pertinente entrar en este Auto en esas cuestiones, por un respeto obligado al principio de contradicción.

El Ministerio Fiscal esboza reparos que no ha desarrollado y que, en su caso, se deberían resolver en otro momento. No han sido puestos de manifiesto a la parte recurrente (“*ex articulo*” 117.1 LJCA) por lo que tampoco es pertinente prejuzgarlos en este Auto, aunque sí es necesario traer a colación la cuestión de la legitimación de la asociación recurrente a los simples efectos de ponderar en forma circunstanciada todos los intereses en conflicto (artículo 130.1 LJCA).

TERCERO.- En una aproximación superficial pudiera pensarse que el interés legítimo del artículo 162.1 b) de la CE basta para interponer un recurso de amparo y, tal vez por extensión, un recurso de protección de los derechos fundamentales de los artículos 114 y siguientes de nuestra LJCA. Es pertinente recordar, no obstante, que, en forma muy temprana, la jurisprudencia constitucional ha precisado -en un recurso interpuesto precisamente por otra asociación profesional judicial- que «la Norma constitucional ha de entenderse necesariamente coordinada con la del art.

53" (CE) "que instituye el recurso como un medio para recabar la «tutela de las libertades y derechos», de suerte que no puede ser la misma la situación cuando se trata de tutela de libertades que cuando se trata de tutela de genuinos y propios derechos subjetivos. En el primer caso el círculo de los posibles sujetos del amparo lógicamente es más amplio. No ocurre lo mismo sin embargo en el segundo caso, en que el amparo pertenece estrictamente al titular del derecho fundamental violado, y sólo de manera excepcional a las personas a quienes la ley faculta para ejercitar el derecho ajeno (v. gr. Defensor del Pueblo, Ministerio Fiscal)» [ATC 942/1985, de 18 de diciembre (FJ 2)]. Ese criterio es el que ha seguido vigente en la jurisprudencia del Alto Tribunal hasta el día de hoy (Cfr, por todas, STC 154/2016, de 22 de septiembre, FJ 2).

CUARTO.- A la luz de lo expuesto queda hecha la ponderación de los intereses presentes en el caso. Consideramos que es claramente desfavorable al otorgamiento de la medida cautelar.

Se invoca por el Gobierno el artículo 97 de la CE -y así parece corroborarlo en este momento el inciso final del Preámbulo del Acuerdo recurrido- no en cuanto titular de la potestad reglamentaria sino en cuanto representante de los intereses del Reino de España en las relaciones internacionales, que da publicidad formal –en aras de la transparencia y seguridad jurídica de las selecciones para las ternas a juez del TEDH- a los criterios que se pretende imponer a su discrecionalidad el propio Gobierno, en los procedimientos futuros de selección de jueces.

No se debe olvidar que, en última instancia, el FJ 6 de la sentencia del Pleno de la Sala de 27 de octubre de 2008 (Rec. 366/2007) declaró que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no contempla la apertura de un concurso de méritos para la provisión del cargo de Juez del Tribunal Europeo. En la formación de una terna de candidatos para estos nombramientos el Gobierno goza de un margen de discrecionalidad cuyos contornos no deben ser delimitados en este momento preliminar, sino en un examen de fondo.

Con la perspectiva, que ahora interesa, de los intereses en presencia, es indudable que cabe atribuir interés general al cumplimiento de las obligaciones que incumben a España en la selección de jueces del TEDH.

El interés que enfrenta y se aduce por la asociación recurrente es mucho más tenue e indirecto pues sostiene un interés en forma genérica y respecto de derechos fundamentales de los que no es titular.

Confrontando ambos intereses creemos, en conclusión, que la medida cautelar debió denegarse, conforme a lo dispuesto en el artículo 130.2 LJCA. Y ello porque dilatar o entorpecer un proceso sobre la participación de España en el sistema de protección de derechos humanos de la Convención Europea y del TEDH supone una perturbación grave de los intereses generales, y de los terceros que pretendan postularse para el ejercicio de esa elevada función.

QUINTO.- Hay que advertir, por otra parte, que en este orden de jurisdicción -muy diferente de la jurisdicción de amparo que compete al Tribunal Constitucional- hay que estar únicamente a lo que disponen los artículos 130 y siguientes de la LJCA para acordar la medida cautelar que nos ocupa. Entendemos por ello que es improcedente la cita que se hace en el Auto del que discrepamos del artículo 56 de la LOTC (en el FJ 5). Además de que existen normas específicas que regulan la suspensión en nuestra LJCA -y excluyen lo que dispone la LOTC- es obvio que la suspensión del artículo 56 de la LOTC no se puede traer a colación aquí ni siquiera en forma analógica, porque en la jurisdicción constitucional la suspensión que contempla se produce en un momento procesal muy distinto al que ahora examinamos, en cuanto recae sobre recursos constitucionales de amparo con trascendencia constitucional que ya han sido admitidos a trámite.

SEXTO.- Ausencia de periculum in mora.

La resolución de la que discrepamos sigue un criterio que contradice el que se estableció en el Auto de esta Sala de 17 de septiembre de 2007 (rec. 366/2007), que se cita en el FJ 6 del Auto del que discrepamos. Se rechazó entonces la medida cautelar pedida por una asociación judicial distinta, que recurría en aquel caso una terna de candidatos ya formulada para el puesto de Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en la que también se invocaba el artículo 23.2 de la CE.

La asociación recurrente adujo también entonces, el “*periculum in mora*” de la irrevocabilidad de un posible nombramiento definitivo de los

candidatos que repudiaba. Esta Sala rechazó esa pretensión cautelar razonando, en un Auto de cuidada motivación, que se partía de un hecho que no tenía que producirse necesariamente y que el nombramiento como Juez del TEDH no sería irrevocable, en caso de que la mora procesal le afectase, ya que el propio Tribunal Europeo podría cesar al nombrado (ex artículo 24 CEDH). Cuando la sentencia definitiva se dictó -Sentencia del 27 de octubre de 2008 (Rec. 366/2007)- la terna no sólo había sido admitida por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sino que uno de los integrantes controvertidos había sido elegido Juez titular del TEDH hacía más de un año (FJ 5 de la sentencia).

En cambio, en esta ocasión el Ministerio Fiscal ha defendido que la pretensión cautelar es prematura, meramente cautelar, o, si se prefiere, *preventiva*, porque no existe atisbo alguno de “*periculum in mora*”.

Razona literalmente el Ministerio Público que «*el hecho de que la limitación de edad fijada en la resolución recurrida impida concurrir a aquellas personas que, reuniendo los requisitos contemplados en ella, excedan de 61 años de edad, constituye un mero riesgo potencial que solo podrá hacerse efectivo, como en el propio escrito de interposición se viene a reconocer, en el momento en que se abra formalmente el proceso selectivo. Y nada impide*” [prosigue] “*en el mismo plano de la mera probabilidad, que: i) no llegue a concurrir ningún candidato mayor de esa edad, con lo que incluso la pretensión de fondo carecería de objeto; o que ii) el presente recurso pueda ser resuelto por esa Excma. Sala antes de que inicie el proceso selectivo*» [...] «*La lesión efectiva del derecho invocado no puede materializarse sin al*

menos un nuevo acto administrativo (la convocatoria para la presentación de candidaturas) o, probablemente varios (como la inadmisión o ulterior exclusión de las que no reúnan el requisito de edad), que ni es seguro que se vayan a producir de manera inevitable e irremediable antes de que pueda resolverse sobre la legalidad del acto aquí recurrido, ni quedan a resguardo de su propia vía de impugnación ni, incluso, de su eventual suspensión cautelar» (cursiva nuestra).

Estos razonamientos no merecen ninguna respuesta en el Auto del que disentimos -salvo un razonamiento apodíctico en el quinto párrafo del FJ 6- pero tienen un fundamento muy sólido, que compartimos.

El Auto del que discrepamos aprecia que entre el Auto citado de 17 de septiembre de 2007 y el actual existen dos circunstancias que los diferencian; serían éstas la duración del mandato y la no posibilidad de reelección (FJ 6). Nos parece, con todo respeto, que son irrelevantes a efectos del enjuiciamiento del riesgo de mora procesal que nos ocupa. Si los candidatos propuestos en 2007 hubieran adolecido de la falta de independencia que se les imputaba en el recurso resuelto entonces no se habría atenuado –sino agravado- el “*periculum in mora*” por haber sido nombrados por nueve años (y no seis) o por haber podido ser renovados. En cambio sí hace desaparecer ese riesgo ahora, aunque el Auto del que discrepamos entienda que *se esté en la fase de fijación pautas para la elaboración de una terna, mientras allí se petitionó la suspensión del Acuerdo del Consejo de Ministros que aprobó la terna de candidatos a elevar a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa*” (sic en FJ 6).

A nuestro entender, la falta de actualidad de un posible daño para los derechos fundamentales invocados, por razón de las actuaciones recurridas, es evidente. Se trata de una actuación que carece de efectos inmediatos más allá de dar simple publicidad a determinados criterios, y no se ofrecen a la Sala elementos concretos para ponderar intereses y derechos concretos de ningún candidato, porque sencillamente no es éste el objeto de la actuación recurrida. El proceso que se abrirá con la convocatoria ofrece a los titulares de derechos e intereses legítimos la oportunidad de solicitar la protección cautelar, que ahora es prematura.

En efecto, las líneas directrices de Derecho del Consejo de Europa a que se refiere el Acuerdo recurrido –y a las que ya hemos hecho referencia– subrayan, en el apartado III, 5 de su citada versión completa (4.4) que debe concederse un período de tiempo razonable para la presentación de las solicitudes (*sic*) y que este requisito refleja el principio de limpieza porque las personas potencialmente interesadas no deben perder la oportunidad de postularse por sus circunstancias concretas en un determinado momento (por ejemplo ausencia por razones personales o profesionales, enfermedad etc.) y deben tener tiempo suficiente para preparar y presentar sus solicitudes en forma adecuada (§ 46 de las líneas directrices). Se añade que en la República de Chequia se concede un período mínimo de dos meses entre la convocatoria y la presentación de candidaturas (§ 47). Los apartados IV y V de las líneas maestras, sobre procedimiento -que sería tedioso y es innecesario exponer- muestran, en fin, que asiste la razón al Ministerio Fiscal, cuando sostiene que la petición formulada es prematura e

innecesaria. Todos los juristas que se postulen con seriedad para ser candidatos en el procedimiento de selección que nos ocupa tienen ocasiones sobradas para enviar su *curriculum*, exigir su inclusión en la lista, entrevistarse con el comité encargado de selección y recurrir, en su caso, los actos que puedan lesionar la limpieza, transparencia, consistencia e imparcialidad del proceso (Ver, en especial § 64 de las líneas directrices). No nos parece atendible, en fin, que una personalidad con conocimientos suficientes como para postularse candidato a Juez titular del TEDH se pueda detener en el Acuerdo que se recurre ni, en su caso, ante el límite de edad que se discute, si considera que el Acuerdo de publicidad interna vulnera las líneas maestras del procedimiento ni que no pueda, a lo largo de un dilatado proceso de selección que está hoy lleno de garantías defender por sí mismo los derechos fundamentales que se invocan, sin necesidad de que otros actúen en su nombre en una posición de “*garantes de derechos fundamentales ajenos*” que no corresponde a la recurrente ni a ninguna asociación judicial profesional.

Consideramos que no existe, en definitiva, en este momento procesal, riesgo alguno de pérdida de la finalidad legítima del recurso por mora procesal. Por ello, conforme al artículo 130.1 LJCA, no procede la medida acordada.

La apreciación contraria ha anticipado, además, en forma innecesaria la consideración del *periculum in mora*, en contraste con el criterio que se siguió en el Auto de 17 de septiembre de 2007, de que se ha dado cuenta y en cuya diferencia con el caso actual no entendemos necesario insistir.

SÉPTIMO.- Inexistencia de “fumus boni iuris”

No concurre ninguna de las circunstancias que, según la doctrina de esta Sala permita apreciar una apariencia de buen Derecho, como fundamento del otorgamiento de la medida cautelar.

Los supuestos de “*fumus boni iuris*” se limitan en esta Sala a casos muy estrictos de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, actos anulados en una instancia anterior aunque no sea firme o de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia que la Administración se resista a aplicar [por todos, Auto de 10 de febrero de 2017 (Recurso nº 4/2017)]. Dichos supuestos no guardan relación alguna con este caso, aunque en ocasiones se hayan dado interpretaciones más amplias [Ver Auto, citado, de 17 de septiembre de 2007 (Rec. 366/2007)], que también procederá explorar.

Aunque el FJ 3 del Auto del que disintimos reconoce en forma expresa, como ya se ha dicho, la ausencia de apariencia de buen Derecho es necesario dar una repuesta motivada a los argumentos esgrimidos por la asociación recurrente, aunque sea forma preliminar y sin prejuzgar, desde luego, lo que podamos apreciar en otro momento.

El artículo 23.2 del CEDH dispone que el mandato de los jueces del Tribunal expirará cuando lleguen a la edad de 70 años, por lo que la previsión de que los candidatos que conformen la terna “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 del Consejo de Europa” (Preámbulo del Acuerdo recurrido) es una explicación que no se contrarresta con una cita desnuda del Protocolo nº 15, ni tampoco con el criterio orientativo nº 5 de las líneas directrices sobre el procedimiento de selección de candidatos.

El Protocolo nº 15, de enmienda del CEDH, es un proyecto de acuerdo internacional en el marco del Consejo de Europa. Es un protocolo meramente organizativo y no está en vigor como norma jurídica - internacional ni interna- no pudiendo por ello ser aplicado por esta Sala, salvo en la estricta medida de no frustrar su objeto y fin, al haber sido ya firmado por el Reino de España (artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de tratados). Su entrada en vigor, según informa el Ministerio de Justicia en el expediente (artículo 116 de la LJCA) es incierta y -en contra de lo que se afirma en el FJ 3 *in fine* del Auto del que discrepamos- exigirá el consentimiento de todas las Partes, como resulta de su artículo 7.

Es cierto que dicho Protocolo contempla una edad límite de menos de 65 años cuando la lista llegue a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (artículo 2.1) pero también lo es que garantizará el cumplimiento íntegro de un mandato de nueve años para cada Juez, como, por cierto, intenta hacer el Acuerdo impugnado. Por ello prevé el citado Protocolo, en su artículo 2.3, eliminar el límite de 70 años del artículo 23.2 del CEDH, cuando entre en vigor.

La referencia del Protocolo 15 a la edad de 65 años, en la que parece detenerse, aunque sin razonarlo, el FJ 3 *in fine* del Auto del que discrepamos, no debe confundir. Es irrelevante para este recurso por la

simple razón de que el artículo 8 del Protocolo 15 contiene una norma transitoria que dispone –a diferencia de lo ocurrido en Protocolos anteriores– que las modificaciones que acabamos de señalar sólo se aplicarán a los candidatos presentados a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa después de que entre en vigor el repetido Protocolo 15. Dicho sea en otros términos, los candidatos que tengan 65 años podrán alcanzar la edad de 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, si es que lo hace, verán expirar, fatalmente y *ex lege*, su mandato a los 70 años.

La invocación no fundamentada de los 65 años del Protocolo 15, no juega, por ello, al menos en este examen preliminar, como apariencia de buen Derecho que favorezca la pretensión cautelar que se ha concedido. Y podría incluso razonarse que si dicho Protocolo 15 entrase en vigor operaría, además, en el sentido de lo que se pretende en el Acuerdo recurrido que se dicta cuando el límite se sigue fijando en 70 años. Posibilitaría, en efecto, que todos los elegidos agotasen íntegramente su mandato de nueve años. Y, a día de hoy ($61+9=70$), esa opción, que sólo puede inspirar sorpresa a quien desconozca el complejo mecanismo del Consejo de Europa y del CEDH, en lo que se refiere a la elección de Jueces titulares del TEDH, es la que inspira el punto sexto del Acuerdo que se recurre, cuando exige no superar la edad límite de 61 años. No apreciamos por ello una contradicción clara que no nos obligue a un detenido examen del fondo de la cuestión controvertida y que, en definitiva, pueda entenderse -en la acepción más generosa de las

adoptadas por esta Sala- que justifica una apariencia de buen derecho en este momento procesal liminar.

OCTAVO.- Lo mismo ocurre, sin prejuzgar tampoco lo que en su día se acuerde, con el criterio orientativo nº 5, incluido entre los adoptados por el Comité de Ministros el 29 de marzo de 2012, que, a diferencia del que acabamos de examinar, sí parece lo que el Auto denomina “*soft law*”.

El apartado 5 de las líneas directrices es derecho flexible porque 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 nuestro). 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. Así lo atestigua el texto en otras lenguas: “*Durant au moins la moitié du mandat de neuf ans avant d’atteindre l’âge de 70 ans*”, en la versión francesa (también subrayada) “At least half of the nine-year term before reaching 70 years of age” versión inglesa (también subrayado nuestro). Y las mismas líneas directrices 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 nuestras).

Los ejemplos de buena práctica (§ 30 de las líneas directrices) subrayan que, entre candidatos de igual mérito, será preferido el postulante que pueda ejercer la totalidad o, por lo menos, la mitad del mandato (Holanda) o que los candidatos que no puedan ejercer la totalidad de su mandato 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).

La aseveración en contra de lo que hemos afirmado por la parte actora –que se recoge cuidadosamente en el último párrafo del FJ 1 del Auto de la mayoría- debe ser rechazada por inconsistente.

NOVENO.- Un examen más profundo de esta cuestión pertenece ya al enjuiciamiento de la cuestión de fondo, que no se debe anticipar en modo alguno ya que, como bien advierte el Abogado del Estado, un examen demasiado generoso de la apariencia de buen Derecho prejuzgaría el fondo, y podría causar indefensión. Basta lo expuesto para mostrar que, a efectos de esta pieza, no existe una contradicción clara y ostensible entre el Acuerdo impugnado y la normativa internacional que desarrolla en cuanto al límite de edad que pueda haber conducido a la decisión de la que disentimos.

DÉCIMO.- La invocación de una discriminación indirecta que perjudique a las candidatas de sexo femenino presenta los mismos problemas. Tiene también razón el Abogado del Estado cuando señala que los planteamientos sobre el proceso de incorporación de la mujer al ámbito

profesional no “justificarían la tesis sustentada por la recurrente, pues dicho colectivo, desde un punto de vista simplemente numérico es indudable que se encontraría mucho menos afectado por la existencia de la referida limitación” Y, precisando lo que se dice en el FJ 5 *in fine* del Auto del que disentimos, resulta asimismo, al menos en este momento preliminar, que el informe del Ministerio de Justicia ya citado (artículo 116 LJCA) aporta un principio de prueba de que, en la distribución de jueces por sexo, hay 99 mujeres en la franja de 61 a 70 años frente 436 hombres y que, en las franjas anteriores a esos 61 años, resultan 2.682 mujeres y 2.135 hombres. De ello resultaría, al menos indiciariamente, que no hay apariencia de buen derecho en la afirmación de que el Acuerdo discriminaría en forma indirecta a la mujer en relación con el hombre (Vid., por todas, la doctrina de la STC 253/2004, de 22 de diciembre; FFJJ 7,8 y Fallo).

El punto séptimo del Acuerdo, que dispone que se procurará como regla general integrar a candidatos de ambos sexos, se debería haber tenido en cuenta en la motivación de la resolución de la Sala de la que se discrepa.

Distinto es concordarlo con los distintos apartados II.8 de las líneas directrices, que correspondería, como es obvio, a un examen de fondo que no debemos anticipar.

Consideramos que no hay, en definitiva, “*fumus boni iuris*”. Con esta perspectiva la pretensión también debió ser denegada

UNDÉCIMO.- Precisamos, por último, que el Auto del que discrepamos no añade ningún razonamiento más que desvirtúe lo que

acabamos de exponer. La doctrina del Auto de 14 de julio de 2009 (recurso 70/2009), que se cita en el FJ 2 -y que se transcribe, *ad pédem litterae*, en los FFJJ 2 a 4 de la resolución- es inaplicable a este caso porque ni el Acuerdo es, en forma preliminar, una norma jurídica, ni se agota en su mera aplicación. Y, en fin, la doctrina del Auto de esta Sala de 31 de marzo de 2011 (Rec. 169/2011) tampoco es aplicable. Repetimos que el propio Auto reconoce que no hay en este caso nulidad de pleno Derecho. Por eso los FFJJ del 2 al 4 del Auto, que transcriben también literalmente el que se ha citado, carecen de relieve.

DUODÉCIMO.- Conclusión. Entendemos que la medida cautelar que se ha acordado es prematura e innecesaria para asegurar la legítima finalidad del recurso y no cabe apreciar, en este momento procesal liminar, apariencia de buen Derecho en la pretensión que se hace. Y, por el contrario, el otorgamiento de la medida cautelar causa perjuicios a los intereses generales y a la seguridad jurídica, pues al suspender en su totalidad el acuerdo impugnado -pese a que, repetimos, el auto mayoritario (FJ tercero, último párrafo) no advierte en el mismo visos de nulidad de pleno derecho- deja sin efectividad un elemento del procedimiento para la elaboración de ternas de candidatos para la elección de Juez titular del TEDH exigido a España en la esfera internacional, con grave daño a la seguridad jurídica y a la transparencia del proceso.

Por las razones expuestas entendemos que la parte dispositiva debió denegar la medida cautelar que se ha acordado, con condena en las costas del incidente a la parte que la promovió.

Y, en tal sentido, formulamos nuestro Voto particular, reiterando el máximo respeto al criterio contrario de nuestros compañeros de Sala.

Madrid, a 8 de marzo de 2017

Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

José Luis Requero Ibañez

Rafael Toledano Cantero