



EL “GOBIERNO DE LOS JUECES” EN EUROPA

POR CARLO GUARNIERI

Que la función judicial tenga una naturaleza intrínsecamente política no es algo que nos debiera asombrar. El juez, de hecho, resuelve controversias sobre la base de normas establecidas, directa o indirectamente, por el sistema político. Por lo tanto, utilizando una expresión bien conocida en la ciencia política, sus decisiones “asignan valores autoritariamente”¹. Hasta aquí, considerándolo bien, la observación podría parecer banal, una simple ejemplificación del bien conocido nexo entre justicia y política. El hecho es que una norma no tiene significado por sí sola, sino que asume un significado a través de la intervención del intérprete y solo al juez corresponde la tarea de dar una interpretación vinculante. Además, ningún sistema de reglas humanas es capaz de dar siempre respuestas unívocas a las innumerables controversias que surgen entre los individuos y los grupos. Siempre habrá situaciones que no queden cubiertas por las reglas del sistema jurídico. Se deriva de estas consideraciones que una intervención en cierta medida discrecional, creativa de derecho, por parte del juez, es inevitable. Además, hace más de veinte años, Mauro Cappelletti lo recordaba en un brillante ensayo dedicado justamente a la creatividad judicial².

Naturalmente, que el juez cree derecho no significa que esta actividad pueda realizarse sin reconocer ninguna sujeción,

pero las sujeciones establecidas por las normas del sistema jurídico no siempre son capaces de determinar de modo unívoco la decisión del juez. Considerando la cuestión desde un punto de vista empírico, se puede afirmar que la creatividad judicial está influenciada, principalmente, por dos factores. Ante todo, por las características del sistema jurídico: su complejidad, la coherencia de sus disposiciones y la claridad de sus enunciados. Es evidente que cuanto más simple, más coherentes y claras son las normas del sistema jurídico, más reducidos son los márgenes de intervención del juez. En segundo lugar, la creatividad depende de la cohesión del cuerpo judicial: una magistratura muy compacta, homogénea en sus valores de referencia, tenderá a interpretar las normas en modo relativamente acorde. En este caso, mucho depende de los controles que puedan ser ejercidos sobre el juez y, por lo tanto, de la eficiencia de sus instrumentos de impugnación, así como también de sus garantías de independencia interna y externa. Es evidente que una magistratura organizada en un modo jerárquico, en la que los magistrados de grado superior son capaces de influir sobre las decisiones de los otros jueces –como era el caso, hasta hace algún tiempo, de muchos países de Europa continental– tenderá a aplicar las normas jurídicas de manera más consistente, reduciendo la visibilidad –y también el impacto– de la creatividad judicial. Más

aún, en el caso en que sean las garantías externas las que sean reducidas, es probable que esta creatividad sea ejercitada según orientaciones congruentes con aquellas que prevalecen al interior de los otros poderes, el ejecutivo y el legislativo.

La novedad de la segunda mitad del siglo XX fue que la creatividad judicial se presentó de un modo cada vez más evidente, favoreciendo un proceso de expansión del poder judicial que fue bautizado como “la judicialización de la política”. En realidad, con esta expresión, se ha pretendido indicar “la expansión del radio de acción de las cortes o de los jueces a expensas de los políticos y/o de los administradores, en otras palabras, el desplazamiento de las competencias decisionales desde el legislativo, el ejecutivo o la administración pública, a las cortes”³. Desde luego, es cierto que en la base de este proceso de expansión del poder judicial están las decisiones políticas, como por ejemplo, la introducción del control judicial de constitucionalidad de las leyes que, analizándolo bien, ha atribuido (en sentido amplio) poderes legislativos a los jueces. El mismo fortalecimiento de las garantías de independencia de la magistratura –también ésta una tendencia de la segunda mitad del siglo XX– es fruto de decisiones políticas. Pero en la base del nuevo rol de la magistratura hay también cambios de largo plazo en el ambiente en el que actúa. Ante todo, han habido transformaciones profundas en la actitud del público hacia la justicia: se ha difundido aquella que se dio en llamar la “sed de derechos”, que indica que los ciudadanos recurren con mayor frecuencia al sistema judicial para hacer valer exigencias que no obtienen respuestas en otros lugares⁴. Sobre todo, se ha producido la masiva expansión del estado de bienestar. La intervención cada vez más penetrante del Estado en sectores que antes eran abandonados al control privado ha llevado a una expansión sin precedente del sistema jurídico y, por lo tanto, de la esfera de decisión de los jueces. Al mismo tiempo, esta expansión del sistema jurídico ha implicado un fuerte aumento de su complejidad, factor que, como hemos visto, está positivamente relacionado con la expansión de la creatividad judicial.

Está claro que el relajamiento del vínculo con la norma jurídica, y en particular con la ley, debilita una de las bases de sustentación de la legitimidad del juez en una sociedad democrática. Tradicionalmente, sobre todo en Europa continental –siguiendo una cierta interpretación del pensamiento de Montesquieu– la presencia de jueces independientes en sistemas políticos fundados en el principio de la soberanía popular, se justificaba haciendo referencia a la naturaleza aplicativa, meramente ejecutiva de las decisiones de los jueces: un juez –como por ejemplo, se afirma en la Constitución italiana– “sometido solo a la ley” y que en este sometimiento encuentra el límite y el fundamento de su propio poder. En realidad, la legitimidad democrática de los jueces independientes no deriva necesariamente solo de su subordinación a la ley o a normas jurídicas preexistentes. Son también importantes las modalidades con las que el juez opera. También en este caso resultan convincentes los argumentos de Cappelletti, que subrayaba la importancia que tiene para los jueces respetar los principios fundamentales de la justicia natural: “*nemo iudex in causa propria*” y “*audiatur et altera pars*”⁵, es decir, imparcialidad del juez y principio contradictorio⁶.

Asimismo, si observamos una vez más la cuestión desde un punto de vista empírico, podemos advertir que la capacidad de los jueces independientes y creativos de desempeñar sus funciones sin generar reacciones negativas en el ambiente político –peligrosas para su independencia– está influenciada por las modalidades de su accionar. Como subraya Martin Shapiro⁷, la legitimidad judicial depende en buena medida del mito de la neutralidad e independencia de la magistratura. Que la realidad sea siempre de algún modo distinta no debe inducirnos a desestimar el peso de estas representaciones ideológicas. Gran parte de los argumentos a favor de alguna forma de autolimitación por parte de los jueces se basa en el hecho que, de otro modo, es probable que el mito de su neutralidad se viera seriamente comprometido. Otro aspecto importante se encuentra en la naturaleza incremental, paso a paso, de las decisiones judiciales. Para evitar reacciones que lleven a una reducción de su poder, los jueces deben moverse lentamente, con pequeñas decisiones, muchas veces poco visibles, que tal vez tengan considerables implicancias en el largo plazo. Finalmente, las decisiones judiciales no son solo incrementales, sino que tienen también un contenido técnico, especializado, aunque con fortísimas implicaciones políticas, hecho que, si bien administrado, activa el apoyo de una poderosa “comunidad epistémica” –la de los juristas. En general, una magistratura puede operar de un modo políticamente significativo solo cuando es capaz de satisfacer intereses política o económicamente fuertes. O cuando, habiendo acumulado una buena dosis de legitimidad a través de la conexión con intereses de





este tipo, decide emplear este capital para defender grupos desfavorecidos. En cualquier caso, una magistratura muy difícilmente podrá obrar con eficacia, si no dispone de algún sustento en la sociedad o en el sistema político⁸.

Sentadas estas premisas, ¿cuál puede ser la influencia del proceso de unificación europea sobre el rol y el poder de la magistratura? En principio, este proceso no puede favorecer una expansión del poder judicial. De hecho, el poder de las instituciones políticas electivas resulta redimensionado. Los gobiernos y los parlamentos nacionales, porque ceden porciones de soberanía a la Unión Europea. En cuanto a la Unión, como es bien sabido, su orden institucional se presenta como fuertemente policéntrico, con el poder político distribuido entre el Parlamento, la Comisión, el Consejo, el Banco Central, el Tribunal de Justicia, etc. A todo esto se añaden los inevitables conflictos de competencias entre la Unión y los gobiernos nacionales que tienden a poner en movimiento una dinámica que está presente en los sistemas federales, que implica un órgano arbitral, generalmente de tipo judicial. Desde este punto de vista, el rol creciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no hace más que confirmar la experiencia de otros tribunales: desde la Corte Suprema de los Estados Unidos hasta la de Canadá, desde la Corte Constitucional alemana hasta la española⁹.

En cuanto al sistema jurídico, su complejidad tiende a aumentar, puesto que a las normas nacionales se agregan aquellas comunitarias (por no mencionar aquellas que derivan de los numerosos tratados y convenciones internacionales). Se trata de un fenómeno que funciona desde hace tiempo y que tenderá a acentuarse si el *Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa* es finalmente ratificado.

Por otra parte, el poder de la magistratura –sería más correcto decir de “las magistraturas”– se ve reforzado también por el hecho de que debe siempre enfrentar a antagonistas cada vez más débiles. La capacidad de los partidos políticos de representar las demandas de los ciudadanos está desde hace tiempo en baja. También la legitimidad global de las clases políticas nacionales se manifiesta frágil, como testimonian los datos suministrados por el *Eurobarómetro*¹⁰.

En consecuencia, en Europa el proceso de expansión del poder judicial, que ya opera desde hace tiempo, no parece estar destinado a detenerse. Es más, por lo que ya hemos dicho, es probable que se intensifique a medida que el proceso de unificación europea avance. ¿Se puede entonces hablar de “gobierno de los jueces”? ¿en qué términos? y ¿qué se entiende realmente con esta expresión?

“Gobierno de los jueces” es una expresión utilizada al inicio del siglo XX por estudiosos de orientación progresista para criticar la jurisprudencia de la magistratura americana, de tipo federal. Se trataba de una jurisprudencia que, aplicando de manera expansiva el principio del “justo proceso” en materia contractual, tendía a asegurar de una manera rigurosa los derechos de propiedad de las intervenciones públicas¹¹, especialmente de aquellas de naturaleza social. La expresión, utilizada ya por estudiosos americanos¹², debe mucho de su notoriedad al libro de un estudioso francés de derecho comparado, Eduard Lambert¹³ que, luego de la primera guerra mundial, atacó vigorosamente las propuestas para introducir formas de control judicial de constitucionalidad en los ordenamientos de Europa continental. Según Lambert, esta innovación significaría dar a la magistratura un verdadero poder legislativo, aún superior al de los parlamentos, un poder fuertemente influenciado por los dueños del poder económico. Lambert ciertamente exageraba el poder ejercitado por los jueces americanos –consideraba que podrían revisar también la constitucionalidad de las enmiendas a la Constitución– y la historia demostró que no siempre los intereses del *big business* saldrían favorecidos por las decisiones de los jueces de la Corte Suprema¹⁴. Sin embargo, si bien el cuadro de intereses que acosan al sistema judicial hoy en día es más complejo y la magistratura debe de todos modos tener en cuenta la presión de la política democrática, el rol de la institución judicial no debe ser subestimado.

El cuadro que se presenta en Europa tiene varios matices. Por un lado, conviene no olvidar que el policentrismo institucional típico de la Unión Europea se refiere también a la magistratura. Como señalábamos más arriba, nos encontramos frente a muchas magistraturas profundamente distintas entre sí. Si bien fuertemente minoritaria, dado que en la Unión Europea solo Gran Bretaña, Irlanda y Malta pertenecen a ella, la tradición del *Common Law* presenta aún hoy radicales diferencias con la del *Civil Law* en temas de contratación, formación y carrera de los jueces, por no hablar de la es-



estructura del sistema judicial y del sistema jurídico: todos elementos que no pueden no reflejarse sobre la orientación de la jurisprudencia. Es sobre todo la concepción del derecho la que es profundamente distinta: comúnmente, en los países del *Common Law* prevalece un consenso de fondo que hace que el derecho, o alguno de sus principios, preceda y limite “naturalmente” el poder político¹⁵. Por lo tanto, se puede sostener que la obediencia al derecho precede a la obligación frente a la comunidad política. Los países del *Civil Law*, en realidad, presentan entre ellos profundas diferencias. Por ejemplo, parece diferir la relación de la magistratura con las otras instituciones políticas: de hecho, es decididamente más conflictiva en los países de la Europa latina, que son aquellos que en los últimos años más han reforzado las garantías de independencia. Por el contrario, en los países del área germano-escandinava influye aún en las relaciones entre magistratura y otros poderes del estado el tradicional origen común de la magistratura y la administración, que hace que tiendan a evitar contraponerse a las instituciones políticas electivas¹⁶. Respecto a los países recientemente ingresados a la Unión, muchos han salido hace muy poco de un largo período no democrático. Si bien en su interior no faltan casos de importante activismo judicial¹⁷, no siempre los jueces gozan de un fuerte consenso en la sociedad¹⁸. Entonces, para ellos, puede ser difícil enfrentarse demasiado con el poder político.

Por lo tanto, es poco probable que en la futura Europa la magistratura pueda trabajar como un actor unitario capaz de desarrollar fuertes relaciones con los grupos políticos o sociales. En cambio, es más probable que en su interior se reflejen las diferencias que hemos delineado anteriormente que, a su vez, podrán abrir el camino a orientaciones jurisprudenciales diversificadas. Sin embargo, operan fuerzas que aspiran a garantizar una mayor homogeneidad a las orientaciones político-culturales de los jueces europeos. Por ejemplo, muchas de las magistraturas europeas están, de algún modo, sindicalizadas. Sobre todo en las magistraturas de los países de *Civil Law*, en parte gracias al orden organizativo de tipo burocrático, gran parte de los jueces adhieren a asociaciones de tipo sindical. Estas asociaciones generalmente tienen como primera tarea la de defender los intereses inmediatos de los propios adherentes –por ejemplo, temas de carácter económico, jubilaciones u otros– pero tienden a ampliar su accionar hasta elaborar verdaderas orientaciones jurisprudenciales. En este campo, en la actualidad se asiste a una tendencia hacia la coordinación de las varias asociaciones. Desde hace tiempo funciona una asociación europea de magistrados, que tiene, sobre todo, la tarea de defender y reforzar las garantías de independencia de los jueces¹⁹. También es muy activo el grupo MEDEL, que coordina a nivel europeo las asociaciones de jueces de orientación progresista²⁰.

Por lo tanto, es difícil estimar en qué medida las magistraturas europeas serán capaces de coordinarse y que tipo de orientación prevalecerá. Lo cierto es que Europa deberá prepararse para ver cada vez más a sus jueces como protagonistas del proceso de *policy making*. Por esto, si no se quiere descuidar un aspecto crucial de la vida de nuestras democracias, el interés de los estudiosos –y de la opinión pública– debe tomarlo cuidadosamente en cuenta.

Notas

¹ Esta es la definición de David Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, New York, Wiley, 1965, p.21.

² Mauro Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984.

³ Torbjörn Vallinder, "When the Courts Go Marching", en Neal Tate y Torbjörn Vallinder (eds), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995, p. 13.

⁴ Cfr. Lawrence M. Friedman, *La società orizzontale*, Bologna, Il Mulino, 2002.

⁵ *Nemo iudex in causa propria*: nadie puede ser juez en su propia causa. *Audiat et altera pars*: escuchar a ambas partes (Nota del Coordinador Editorial).

⁶ M. Cappelletti, *op. cit.*, pp. 65 ss.

⁷ Martin Shapiro y Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 145 ss.

⁸ Éste es un punto que se desprende del análisis de Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

⁹ Cfr. Alec Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

¹⁰ Según los datos más recientes del *Eurobarómetro* (n. 61 de 2004) referidos a la Europa de los 25, solo el 14% de los entrevistados declara tener confianza en los partidos políticos, porcentaje que aumenta al 28% para el gobierno y al 32% para el Parlamento Nacional. Al contrario, el índice de confianza en el sistema judicial nacional es del 45% y, para el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, alcanza el 71%.

¹¹ Cfr. M. Shapiro, "The United States", in N. Tate y T. Vallinder (eds.), *op. cit.*, pp. 43-66.

¹² Louis Boudin, "Government by Judiciary", en *Political Science Quarterly*, Vol. 26, 1912, pp. 238-70.

¹³ Edouard Lambert, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1996, (1ra. edición 1922). Sobre la postura de la doctrina francesa sobre el tema ver Michael H. Davis, "A Government of Judges: an Historical View", en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 35, 1987, pp. 559-80. Un crítica áspera del rol asumido por el poder judicial ha sido recientemente realizada por Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins And Consequences Of The New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

¹⁴ M. Shapiro, "The United States", in N. Tate y T. Vallinder (eds.), *op. cit.*

¹⁵ Cfr. Angelo Panebianco, *Il potere, lo stato, la libertà*, Bologna, Il Mulino, 2004, especialmente pp. 133 y ss.

¹⁶ Cfr. para Alemania, Erhard Blankenburg, "Changes in Political Regimes and Continuity of the Rule of Law in Germany", en Jacob Herbert *et al.*, *Courts, Law & Politics in Comparative Perspectives*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1996, pp. 249-314; para Suecia, Kjell A. Modéer, *Europeiska vykor*, Lund, Corpus Juris Forlag, 1994.

¹⁷ Como en Hungría, cfr. László Solymos y Georg Brunner, *Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2000.

¹⁸ Siempre según los datos del último *Eurobarómetro*, la confianza respecto del sistema judicial nacional en los nuevos Estados Miembro de la Unión es de sólo el 27%.

¹⁹ La Asociación Europea de Magistrados agrupa 36 países y es parte de la Unión internacional de los magistrados que tiene *status* consultivo en las Naciones Unidas y el Consejo de Europa.

²⁰ MEDEL (*Magistrats Européens pour la démocratie et les libertés*), fue fundado en 1985, "con el objeto de desarrollar un cultura europea común fundada en el respeto de los valores propios del Estado de Derecho, del respeto de las libertades fundamentales, de la defensa de la independencia de la magistratura. [...] Actualmente forman parte de MEDEL catorce asociaciones de jueces y de ministerios públicos de diez países de Europa. MEDEL es una organización con *status* consultivo en el Consejo de Europa, participa activamente en el debate cultural en materia de cooperación judicial, defensa del Estado Social, afirmación de los derechos de los sujetos débiles".

(<http://www.magistraturademocratica.it/rnd.php/8>, sitio visitado el 10/02/2005).