



Introducing: “Governing with Judges”

By Susana Czar de Zalduendo, Editor

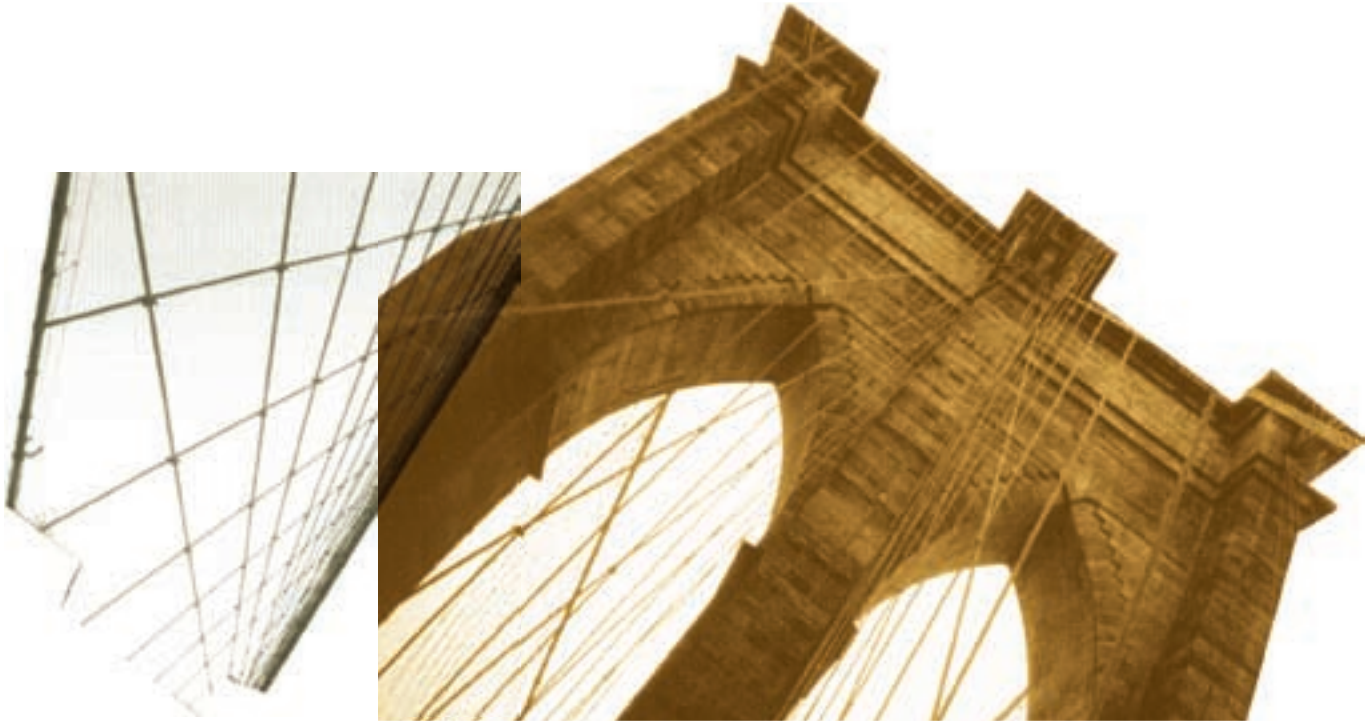
From the pages of *Puente @ Europa* number zero¹ we asked ourselves what exactly “Governing with Judges” meant. These questions originated from several trends. On the one hand, the gap between the tradition of *Common Law* and *Civil Law*, with respect to the creation of law seems to be progressively narrowing. On the other hand, greater judicial “activism” at work nowadays appears to be related to the ever increasing need to resolve conflicts by taking into account extra-judicial elements such as historical, economic, social, etc. -to name just a few.

For the same reasons, we established some guidelines for the interviews and articles centered on two core issues: first, what are the *criteria for interpreting laws* and, second, what is the *nature and scope of the judicial task*. Within the former, we ponder the extent to which teleological interpretation allows judges to distance themselves from the text of law; we later address the issue of “activism” vs. judicial restraint.

A third issue emerges from the contributions themselves: that is the *judicial control of constitutionality*, as it has been defined by constitutionalism. We have included this issue - which originated in the United States in the 20th century and was later transferred to Europe- because the exercise of this control would confer quasi-legislative powers upon judges.

In this introduction, we will attempt to retrieve from the contributions we received some ideas which touch upon the core issues in order to focus on the meaning of “Governing with Judges”.

With respect to teleological interpretation, which takes into consideration the object and end of norms, and especially those of treaties, both the European judge Paolo Mengozzi and Mercosur arbitrator José Antonio Moreno Rufinelli agree on the importance of using this type of interpretative criteria to further develop integration processes. The two judges also point out that the teleological method is a tradition shared by both *Common Law* and *Civil Law*.



Presentación: “El Gobierno de los Jueces”

Por Susana Czar de Zalduendo, Editora

En el número inaugural de la nueva versión de *Puente @ Europa*¹ nos preguntábamos qué era “El Gobierno de los Jueces”. Las razones que justifican la elección de este tema obedecen a la constatación de algunas tendencias. Una de ellas es el acortamiento de la brecha entre la tradición del *Common Law* y la del *Civil Law* que conduce a la creación de derecho por parte de los jueces. Otra se relaciona con un mayor activismo judicial ante la necesidad de resolver conflictos tomando en consideración elementos extrajurídicos (históricos, económicos, sociales, etc).

Esas mismas razones nos llevaron a orientar las entrevistas y las colaboraciones solicitadas a los autores con algunas reflexiones centradas en dos ejes principales: los *criterios de interpretación de las leyes*, y la *naturaleza y alcance de la función judicial*. En el primero se plantea la medida en que las interpretaciones finalistas o teleológicas permiten a los jueces alejarse del texto de la ley; mientras que, en el segundo eje, se aborda la cuestión del activismo o la auto-restricción judiciales.

Las enriquecedoras contribuciones recibidas agregan, al menos, un tercer eje que, en el constitucionalismo, ha sido identificado como *control judicial de constitucionalidad*. La inclusión del debate sobre este aspecto que se inició en los Estados Unidos durante siglo XX y se trasladó, más tarde, al ámbito europeo, se justifica en la medida en que el ejercicio de ese control daría a los jueces un poder cuasi-legislativo.

En esta presentación intentaremos rescatar, de los aportes recibidos, algunos de los enfoques sobre los ejes planteados con la intención de contar con instrumentos más refinados, que permitan acercarnos a una noción más ajustada sobre el significado de “El Gobierno de los Jueces”.

Acerca de la interpretación teleológica que enfatiza la toma en consideración del objeto y fin de las normas, y en especial de los tratados, han coincidido el juez europeo Paolo Mengozzi y el árbitro del MERCOSUR José Antonio Moreno Ruffinelli, en la importancia de este criterio inter-

An interesting point is made by Moreno Ruffinelli who argues that the gap between the two judicial systems is not only becoming smaller, but that it is actually fictitious. He believes that, in reality, the application of teleological criteria does not conform to characteristics specific to each system, rather, it conforms to the complexity or difficulty of the cases under analysis -circumstances which, according to Gil Carlos Rodriguez, also influence the nature and scope of the judicial function.

The aforementioned question encompasses two complementary ideas –first, the choice between judicial restraint and “activism”, whereby the judge decides whether to stick directly to the law or the possibility of going beyond it. Second, there is the question of democratic legitimacy which is related to a preference for decisions taken by elective bodies -and judicial bodies do not fall into this category.

Carlo Guarnieri and Moreno Ruffinelli have these questions in mind when they contextualize Montesquieu’s definition, according to which the judge is “no more than the mouth that pronounces the words of the law”. The Latin American jurist also makes a historical reference explaining that as a result of ideas promoted during the period of the French Revolution, the Parliament was prized as a sovereign and legitimate body, while judges were considered unreliable, deprived as they were of popular legitimacy.

Both judicial restraint and “activism” are founded on similar theoretical concepts.² In fact, the division of powers justifies judicial restraint because courts can only apply norms which are produced by elective bodies. Yet, a different interpretation of the same principle also supports “activism”, by sustaining that courts must monitor the behavior of other government branches, protect minorities, etc.

In the same vein, judge Mengozzi asserts that the Court has respected the division of powers in the Community and has helped to keep the balance between institutional competences. Former President of the Court of Justice Rodríguez Iglesias maintains that judicial restraint and judicial “activism” are not mutually exclusive and that the Court has enabled the development of principles aimed at protecting the rights of individuals and guaranteeing fundamental economic freedoms.

As for the case of the “activism” of the Court of Justice of the European Communities, Joseph Weiler points out that what generates criticism on the behavior of the Court issues from nationalist attitudes arising from States’ fears of losing sovereignty in favor of the Community. Indeed, if the Court were activist in limiting European Union competences (instead of those of the States), the same critics would celebrate the Court’s behavior. In other words, most of the critique does not focus on judicial empowerment as such, but on its content.

If we return to the theoretical concepts which support both judicial restraint as well as “activism”, it is appropriate to point out the principle of “interpretive stability”, which requires judges to stick to case-law, thus emphasizing the value of predictability. Those who oppose this line of thought highlight the need to modify the interpretation of previous doctrine according to changes in historical and political circumstances.

As Moreno Ruffinelli explains, this is a divisive issue. On one side, there are those who argue that judges must adapt laws in order to prevent their anachronism, whereas opponents of this argument claim that these changes would confer a quasi-legislative role upon the judge.

Constitutional judicial control is another concept analysed in this number. According to Carlo Guarnieri, the sphere of influence of judges has widened at the expense of other powers. He asserts that in Europe the acceptance of judicial control over the constitutionality of laws has conferred legislative powers upon judges. At the same time, he indicates that nowadays individuals are increasingly turning to the judicial system whenever solutions cannot be obtained in other branches of government. This notion contrasts with the attitude of public disdain for judges held during the times immediately following the French Revolution.

As to the control of legality in the European Union, the current President of the Court of Justice of the European Communities, Vassilios Skouris, aptly points out that, in

pretativo para hacer avanzar los respectivos procesos de integración. Ambos señalan también que el criterio de interpretación teleológica es aplicado tanto en la tradición del *Common Law*, como en la del *Civil Law*.

Resulta interesante señalar el matiz que aporta Moreno Ruffinelli al sostener que la brecha entre ambos sistemas jurídicos no solo no se está acortando sino que es ficticia. Sostiene que, en realidad, la necesidad de aplicar el criterio finalista no responde a características propias de los sistemas, sino más bien, a la complejidad o dificultad de los casos bajo análisis, circunstancias que, según Gil Carlos Rodríguez Iglesias, influyen también sobre la cuestión de la naturaleza y el alcance de la función judicial.

Este último tema encierra dos aspectos complementarios: por un lado, la alternativa entre autorestricción y activismo, que se refiere al deber del juez de limitarse a reflejar la ley o a la posibilidad de avanzar más allá de la misma; por el otro, la cuestión de la legitimidad, relacionada con la preferencia democrática respecto de las decisiones tomadas por los órganos representativos de la voluntad popular, de la que carecen los jueces.

Estos aspectos son tenidos en cuenta por Carlo Guarnieri y Moreno Ruffinelli cuando ponen en contexto el rol del juez como mero aplicador del derecho que, conforme a la fórmula de Montesquieu, es “la boca que pronuncia las palabras de la ley”. El jurista latinoamericano hace, además, una alusión histórica al señalar que como resultado de las ideas que impulsaron la Revolución Francesa, se enfatiza el valor del Parlamento como órgano soberano y legítimo, mientras que se desconfía del poder de los jueces, cuya legitimidad no deriva de la soberanía popular.

Tanto la alternativa de la autorrestricción (*judicial restraint*) como la del activismo pueden encontrar fundamento en conceptos teóricos similares¹. En efecto, la división de poderes justifica la autorrestricción porque a los tribunales solo les cabe aplicar las normas que generan los órganos electivos de gobierno; pero una lectura distinta del mismo principio apoya el activismo sosteniendo que los tribunales deben vigilar el accionar de las otras ramas de gobierno, proteger las minorías, etc.

Refiriéndose al caso del mentado activismo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Joseph Weiler señala que lo que genera las críticas al comportamiento de ese Tribunal surge de sentimientos nacionalistas preocupados por la pérdida de soberanía de los Estados Nacionales en favor de la Comunidad; y que, si dicho Tribunal fuese activista para limitar las competencias comunitarias, los mismos críticos celebrarían esa conducta. Es decir, que las resistencias no responden al creciente poder de esta magistratura sino, más bien, al contenido de sus decisiones.

También, con relación al ámbito europeo, el juez Mengozzi afirma que el Tribunal ha respetado la división de poderes en la Comunidad y ha ayudado al equilibrio en la competencia de las instituciones. Por su parte, el ex Presidente del Tribunal de Justicia, Rodríguez Iglesias, afirma que la autorrestricción y el activismo judicial no se excluyen, y que la actividad del Tribunal ha permitido desarrollar principios que tutelan los derechos de los particulares y garantizan las libertades económicas fundamentales.

Volviendo a los conceptos teóricos que dan fundamento tanto a la autorrestricción como al activismo, corresponde señalar el principio de estabilidad interpretativa que impone a los jueces observar los precedentes, enfatizando el valor de la previsibilidad; la contracara de la estabilidad interpretativa radica en la necesidad de modificar los precedentes con fundamento en los cambios de las circunstancias históricas y políticas.

Como bien señala Moreno Ruffinelli, este es un tema que genera opiniones encontradas. Por un lado, hay quienes sostienen que para evitar el anacronismo del derecho, los jueces deben realizar las adaptaciones necesarias; por otro lado, hay quienes señalan que estas adecuaciones darían al juez un rol cuasi-legislativo.

El eje con el control judicial de constitucionalidad es analizado por algunos de los autores convocados. Guarnieri afirma que se ha expandido el radio de acción de los jueces a expensas de los otros poderes y se ha concretado la aceptación en Europa del control judicial de constitucionalidad de las leyes que ha atribuido poderes legislativos.

the 1980's, the Court upheld that the European Community is a community based on the rule of law. Therefore, neither Member States nor institutions can avoid a Court review of their acts in order to preserve the integrity of fundamental Treaties.

Joseph Weiler also discusses the differences between constitutionalisms in European Union Member States. He explains that while in Germany and Italy the Constitution has always been considered Supreme law and the constitutionality of laws is controlled in special courts, in others such as Denmark, Belgium and France –constitutionalism and the constitutional control of laws is softer. Some believe that the project for a European Constitution will be another instance of the harder version of constitutionalism.

The purpose of this introduction is not to exhaust the richness of the specific contents of each article, but to highlight some of the key points addressed by the authors which, in our judgment, are most directly related to the central ideas outlined in the *Puente @ Europa* number zero.

Last but not least, the difficulties encountered when focusing on the meaning of “Governing with Judges” appear to be linked to the multifaceted nature of the question itself. Despite this complexity, it can be asserted that the expansion of the sphere of influence of judges to extra-judicial areas is a reality that can be verified in all judicial systems –national, as well as regional and international. However, this reality does not imply a risk to the quality of democracy –as some may fear due to the counter-majoritarian nature of judicial courts– provided that there are mechanisms which limit judicial “activism” so that it reflects the true values and interests of society rather than those of judges.

Notes

¹ Cfr. Susana Czar de Zalduendo, “Governing with Judges”, *Puente @ Europa*, Vol 3, n. 0, 2005 (<http://www.obreal.unibo.it/Review.aspx?IdReview=8>).

² Cfr. Christian Courtis, “Reyes Desnudos: Algunos ejes de Caracterización de la Actividad Política de los Tribunales”, in Roberto Bergalli and Claudio Martyniuk (comp.), *Filosofía política y Derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2003.

vos a los jueces. A su vez, señala que los individuos recurren cada vez más a los tribunales en busca soluciones que no encuentran respuestas en los otros poderes, lo que contrasta con las ideas ya señaladas respecto a la actitud popular en los tiempos inmediatamente posteriores a la Revolución Francesa.

Respecto al control de legalidad en el ámbito de la Unión Europea, el actual Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Vassilios Skouris, señala muy acertadamente que, ya en la década del '80, el Tribunal sostuvo que, al ser la Comunidad Europea una comunidad de derecho, los actos, tanto de los Estados miembros como de las instituciones comunes, no podrían sustraerse del control que ejerce el Tribunal para preservar la integridad de los Tratados fundamentales.

Joseph Weiler, por su parte, señala las diferencias entre el constitucionalismo de los Estados miembros de la Unión Europea; mientras en Alemania e Italia la Constitución fue considerada Ley Suprema y se controla la constitucionalidad de las leyes en tribunales especiales, en otros países –Dinamarca, Bélgica o Francia– el constitucionalismo y el control constitucional de las leyes es más suave. Algunos señalan que el proyecto de Constitución Europea se enmarcará en el primero de los sistemas mencionados.

No se ha pretendido en esta presentación agotar la riqueza del contenido específico de cada una de las contribuciones, sino simplemente, rescatar algunos de los aspectos abordados por los autores que, según nuestro criterio, se relacionarían más directamente con los ejes planteados en el número inaugural.

Por último, la intención de lograr una noción más precisa sobre el significado de *El Gobierno de los Jueces* encuentra dificultades que tienen origen en las varias aristas que este tema presenta, así como en los múltiples argumentos que pueden desarrollarse alrededor del mismo. Sin embargo, podemos señalar, en primer lugar, que la expansión del accionar de los jueces hacia ámbitos extra-jurídicos es una realidad que se verifica en todos los sistemas judiciales, tanto nacionales, como regionales e internacionales.

En segundo lugar, esa realidad no implicaría un riesgo para la calidad democrática –temor fundado en la naturaleza contra-mayoritaria de las magistraturas– en la medida en que existan mecanismos que permitan limitar el activismo judicial para que el mismo refleje verdaderos intereses y valores de la sociedad y no intereses y valores de los jueces.

Notas

¹ Cfr. Susana Czar de Zalduendo, “El gobierno de los Jueces”, *Puente @ Europa*, Año 3, n. 0, 2005 (<http://www.obreal.unibo.it/Review.aspx?IdReview=8>)

² Cfr. Christian Courtis, “Reyes Desnudos: Algunos ejes de Caracterización de la Actividad Política de los Tribunales”, en Roberto Bergalli y Claudio Martyniuk (comp.), *Filosofía política y Derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2003.