

Cooperación de los Jueces en el Suelo Europeo y sus Peligros

STÉPHANE PINON

Professeur habilité de droit public Université de La Rochelle, Professor de Derecho Constitucional Catedrático Acreditado Cercop de la Universidad de Montpellier.

Si el siglo XIX fue el siglo de la ley, el XX lo fue de los jueces porque éstos se han impuesto como las *figuras centrales* en las democracias contemporáneas. La evolución del régimen brasileño, con la omnipotencia del Supremo Tribunal Federal, lo confirma. El mismo fenómeno se encuentra en el suelo europeo. Las manifestaciones de este nuevo tipo de “gobierno de los jueces” son diferentes pero los peligros pueden ser similares.

En Europa hay una importante presencia de Tribunales, nacionales y supranacionales. Este fenómeno de “judicialización” de la vida política se explica en gran parte por la tragedia del nazismo y del fascismo. Tras la descubierta de los campos de la muerte en Alemania, a partir de 1944, el derecho constitucional cambió de dirección. Conocido antes como derecho de la organización del poder en el Estado – de sus diferentes formas de ejercicio y de la participación ciudadana al debate político –, se convirtió en el derecho de las *garantías* contra la omnipotencia del Estado, contra el poder de las mayorías políticas. Garantizar la “dignidad humana” fue desde ahora su prioridad.

En 1789 en Francia, la Asamblea nacional proclamó al inicio de la famosa Declaración de los derechos humanos “*que la ignorancia, la negligencia o el desprecio de los derechos humanos son las únicas causas de calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos*”. En 1945, los Estados razonaron de la misma manera: la salvación de la civilización europea vendría de la garantía de los derechos fundamentales. Fue la razón por la cual se redactaron importantes acuerdos internacionales sobre los derechos y se establecieron organismos para defenderlos. El texto el más famoso es el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950¹ más conocido como la “Convención Europea de Derechos Humanos” (CEDH). En este contexto, la creación en 1959 del Tribunal Europeo de Derechos humanos (TEDH) para garantizar la aplicación del Convenio fue un “momento clave” en la historia constitucional de Europa. Se trata de un tribunal supranacional, que tiene su sede en Estrasburgo, ante el que cualquier persona que considere haber sido víctima de una violación de sus derechos reconocidos por el Convenio puede presentar

1 Su contenido es muy similar al de la Convención Americana de Derechos Humanos.

una denuncia contra un determinado Estado. De inmediato, los Estados miembros (47 Estados hoy día) aceptaron la autoridad del Tribunal y se sometieron a su jurisdicción, es decir, acatar y ejecutar las sentencias emitidas. Cada año, el Tribunal recibe entre 50000 y 60000 quejas de individuos. El Tribunal de Estrasburgo empezó enseguida a desarrollar “técnicas de interpretaciones” muy constructivas, considerando el Convenio *“como un instrumento vivo que se debe interpretar a la luz de las condiciones de la vida actual”*. De tal forma, consiguió reconocer derechos que no figuran en la Convención y sus protocolos, por ejemplo el “derecho a la instrucción” (caso *Leyla Sahin c/Turquie*, 2005), el “derecho generalizado de acceso a los datos médicos” (caso *Roche c/RU*, 2005), los derechos de los extranjeros (caso *Hirsi Jamma c/Italie*, 2012) etc.

Por lo tanto, el TEDH no tardó a intervenir en los grandes asuntos de la sociedad (la no-discriminación en sentido amplio, el derecho al aborto, el reconocimiento de los derechos de los transexuales, el derecho a la libertad de la vida sexual, derecho al respeto a la vida privada y familiar, la adopción de niños por parejas homosexuales, los derechos de los presos...) y a imponer “estándares europeos” a los órganos jurisdiccionales nacionales. En particular, el Tribunal de Estrasburgo cualifica el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos de “instrumento constitucional del orden público europeo” (caso *Loizidou*, 1995), permitiendo establecer un “patrimonio común europeo” que debe prevalecer muy a menudo sobre las identidades constitucionales nacionales. En materia de derechos fundamentales, los márgenes de maniobra de los Estados son tan limitadas que algunos autores observan una evolución del TEDH hacia un papel casi constituyente².

Sin embargo, para favorecer la uniformidad del derecho y la eficacia de estos estándares mínimos de protección, era necesario establecer una *cooperación entre los jueces*, entre todas las jurisdicciones (nacionales, supranacionales), lo que se suele definir como el “diálogo judicial” (*le “dialogue des juges”*). ¿Cómo se manifiesta? De manera horizontal y de manera vertical.

I – LA PRESENCIA DE UN “DIÁLOGO” DE LOS JUECES

1 LA EVOLUCIÓN DEL “DIÁLOGO” DE LOS JUECES EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS

En realidad, en el suelo europeo existen dos tipos de organizaciones supranacionales: el “Consejo de Europa”, que consiguió imponer la autoridad

2 Ver por ejemplo G. Cohen-Jonathan, “La fonction quasi constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l’homme”, in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1101; V. Zorkin, “La Convention européenne des droits de l’homme et les problèmes de sa mise en oeuvre”, *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, n° 3-2017, p. 371; E. Gill-Pedro, *EU law, Fundamental Rights and National Democracy*, Routledge, 2018.

del TEDH en el ámbito de los derechos humanos, y la “Unión Europea”³, muy integrada desde el inicio en el marco económico y que intensificó su integración política al correr de las décadas, sobre todo a partir de los años 90. La Unión tiene también un tribunal supranacional – El Tribunal Judicial de la Unión Europea (TJUE) – que ejerce un control de la legalidad del derecho de la Unión producido principalmente por un triángulo de instituciones (la Comisión de Bruselas, el Consejo de ministros y el Parlamento europeo).

Al respecto, es oportuno observar que los primeros Tratados, la fuente de referencia de tal control, no preveían un catálogo de los derechos humanos. Esto explica porque la prioridad de los Estados miembros era construir un “mercado común” sin fronteras internas y ceder numerosas competencias económicas a las instituciones europeas (moneda única, política agrícola común, política de los transportes, protección de los consumidores etc.). En consecuencia, una norma legislativa de la Unión podía respetar los Tratados y al mismo tiempo violar las constituciones nacionales ya que una declaración de conformidad a los principios económicos (derecho de la competencia, libre circulación de mercancías, liberas de establecimiento, derechos de los trabajadores etc.) no coincide automáticamente con una declaración de conformidad a los derechos humanos (derechos civiles, políticos, sociales).

Para llenar este vacío de los Tratados y evitar la resistencia de los tribunales constitucionales nacionales frente a la primacía del derecho de la Unión, el TJUE decidió en los años 70, en vía jurisprudencial, crear una serie de “*principios generales del derecho comunitario*”, es decir una serie de derechos fundamentales no escritos. Justificó la extensión del bloque de la legalidad comunitaria afirmando inspirarse de las tradiciones comunes a todos los Estados miembros y a la jurisprudencia del TEDH (asuntos *Nold* de 1974 o *Rutili* de 1975)⁴. Fue el inicio de un rico “diálogo horizontal” entre los dos tribunales supranacionales. Hoy día, y desde el Tratado de Lisboa de 2009, la Unión Europea dispone de una Carta de los derechos fundamentales escrita (54

3 Fue creada al inicio por 6 Estados miembros (Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos) y se amplió hasta 28 miembros, 27 si se concretará el “Brexit”. En 1951, bajo el impulso de Jean Monnet, nació la primera “Comunidad”, la del carbón y del acero, el primer paso de una unión económica de los países europeos para lograr una paz duradera. En 1957 se firma el Tratado de Roma, por el que se constituye la Comunidad Económica Europea (CEE). La presencia de estas “comunidades” explica el vocabulario utilizado: derecho comunitario, instituciones comunitarias, Europea comunitaria... A veces se mantiene, a pesar de la inauguración de una nueva denominación – la “Unión Europea” – que se sustituyó oficialmente a las “Comunidades” con el Tratado de Maastricht en 1993.

4 En lo que se refiere al contenido de los “principios generales del derecho comunitario”, podemos citar el principio de seguridad jurídica, el respeto de la confianza legítima, la protección de los derechos adquiridos y la revocabilidad de actos administrativos ilegales que afectan a derechos subjetivos. Otra familia de derechos formales: el principio del respeto de los derechos de la defensa, el principio de non-retroactividad de la ley penal o el principio procesal de *non bis in idem*. Y por último, se pueden mencionar derechos sustantivos como la libertad religiosa, la libertad de asociación, la libertad sindical, el derecho al respeto de la vida privada y familia, la inviolabilidad del domicilio, la dignidad de la persona humana...

artículos), más amplia que el texto del Convenio de 1950. A pesar de todo, los jueces de Luxemburgo siguen inspirándose de la jurisprudencia del TEDH. Pero la “modernidad” de la Carta, que comporta derechos ignorados o limitados en el CEDH (derecho a la educación, derechos de las personas mayores, derechos del trabajador...), y su interpretación por el TJUE, influyen a su vez a los jueces de Estrasburgo. Junto a este “diálogo horizontal” existe también un “diálogo vertical”.

De hecho, son numerosas las inflexiones, las evoluciones y los cambios que este tipo de diálogo directo con los tribunales supranacionales ha producido en los sistemas nacionales (de los Tribunales Supremos, de los Tribunales constitucionales), a pesar del espacio muy limitado que el derecho internacional de los derechos humanos ocupa en las constituciones europeas (salvo en España, en Portugal o en Rumania)⁵. Además de las jurisprudencias es importante subrayar que bajo la influencia del TEDH, se transforma el contenido de la legislación nacional en casi todos los países: la organización del poder judicial, la lucha contra todas las formas de discriminación, el secreto de la correspondencia, la protección de la vida privada, de los homosexuales etc. Muy a menudo, para conformarse a las sentencias del TEDH y alcanzar la *restitutio in integrum* de la situación de la víctima se necesita examinar de nuevo un juicio. ¿Pero qué hacer delante de una sentencia nacional que ha adquirido autoridad de cosa juzgada? Muchos Estados aceptaron – en Francia desde la ley del 15 de junio de 2000 – introducir procedimientos especiales para facilitar el reexamen de sentencias penales definitivas tras una decisión de condena del TEDH.

Respecto a la cooperación entre los jueces nacionales y los jueces supranacionales, el denominado diálogo “vertical”, se puede decir que los jueces nacionales, incluso los jueces constitucionales, pierden gran parte de sus márgenes de maniobra, no solo por sus propias organización interna (que debe respetar el derecho a un proceso equitativo⁶), sino también en la interpretación de la norma constitucional nacional. En la mayoría de los países europeos, la no incorporación directa del CEDH a la norma constitucional no impide la presencia de una real influencia de la Convención y de su interpretación por el TEDH. En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional reconoce que el texto europeo tiene un “valor hermenéutico” incontestable sobre los derechos constitucionales en la determinación del contenido mínimo de los derechos

5 En efecto, a la diferencia de lo que existe en los Estados iberoamericanos, no son numerosas las constituciones europeas que prevén cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos.

6 Véase la famosa jurisprudencia *Ruiz-Mateos c. España* de 1993 en la que el TEDH constató que España había violado el art. 6 CEDH, estableciendo que el procedimiento seguido ante el Tribunal constitucional había constituido una vulneración del derecho a un proceso equitativo en su vertiente del derecho a igualdad de armas.

fundamentales domésticos, e incluso en la introducción de “nuevos” derechos derivados de la interpretación de los tradicionales⁷. Ni siquiera el Consejo constitucional francés acepta ejercer un “control de convencionalidad” (verificar la conformidad de las leyes nacionales a la Convención), lo que no impide la recepción – de manera indirecta – del derecho europeo de los derechos humanos en la norma constitucional.

Para demostrarlo, cabe recordar que el Consejo constitucional inauguró distintas categóricas de derechos para enriquecer y modernizar la norma constitucional relativa a los derechos humanos (encerrada en antiguos textos referidos en el Preámbulo⁸). Piénsese por ejemplo en la categoría de los “principios de valor constitucional” junto a la protección de “la dignidad humana” (1994), el “respeto de la vida privada” (1995), el “derecho de todo ciudadano a un recurso jurisdiccional” (1999), la “exigencia de independencia y de imparcialidad del juez” (2003) etc. A pesar de que según los “sabios” estos “principios” se deduzcan de los grandes textos de nuestra historia nacional (el artículo 16 de 1789 muy a menudo), es evidente que se sitúan bajo la influencia efectiva al derecho internacional, especialmente de la obra jurisprudencial del TEDH⁹.

La intensificación de la cooperación entre las jurisdicciones tuvo resultados evidentes: la amplificación y la uniformización de los derechos protegidos en los países europeos (con la excepción de los derechos sociales y culturales, casi desconocidos en la CEDH y en la Carta). Desde la entrada en vigor del Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el 1er de agosto de 2018, el “diálogo” de los jueces podría intensificarse ya que el artículo 1 prevé que *“los órganos jurisdiccionales de mayor rango de una Alta Parte Contratante [...] podrán solicitar al TEDH que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos”*. Detrás de este procedimiento de colaboración – que incluye las Cortes constitucionales nacionales –, bien se ve que las competencias del TEDH aumentan, reforzando la aplicación generalizada de la CEDH.

7 Sin embargo, el Tribunal precisa (Sentencia 64/1991) que no convierte a tales textos internacionales “en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales [...] siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos...”.

8 La Declaración de los derechos humanos de 1789 (17 artículos), el Preámbulo de la Constitución de 1946 (18 párrafos que introducen nuevos derechos económicos y sociales) y la Carta del medio ambiente de 2004 (10 artículos).

9 Al inicio de esta obra pretoriana, hace falta recordar la influencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre el trabajo de interpretación de los jueces de Estrasburgo, otra manera de comprobar la existencia de interacciones, las características mismas de un “diálogo” de los jueces.

Más allá del ámbito de los derechos humanos, la cooperación de los jueces permitió establecer ordenamientos jurídicos muy integrados en la Europa de los “28” (entre el ordenamiento de la Unión y el ordenamiento jurídico de los Estados miembros).

2 LA EVOLUCIÓN DEL “DIÁLOGO” DE LOS JUECES EN EL ESPACIO DE LA UNIÓN EUROPEA

Desde el inicio de las “Comunidades”, a partir de los años 60, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no dejó de interpretar los Tratados como si fueran “Constitución estatal”. Por lo tanto, los jueces de Luxemburgo se transformaron en actores principales de los cambios, dinamizando el progreso de integración. El profesor Dieter Grimm lo explica muy bien: aunque la integración estaba paralizada desde el plano político (con la presencia del general de Gaulle por ejemplo), fue posible reducir la soberanía y el margen de maniobra de los Estados gracias a las armas del “derecho”. Porque, añade D. Grimm, desde el inicio el Tribunal de Justicia quiso apropiarse “*la misión de llevar a cabo el destino federal de la Unión, incluso contra la voluntad de los Estados*”¹⁰. Así se puede decir que durante el período 1960-1980, los mayores progresos tuvieron lugar en el “secreto” de la sala de audiencias de Luxemburgo.

Dos Sentencias “revolucionarias” o paradigmáticas ilustran la situación. En 1963 (caso *Van Gend en Loos*), el TJUE afirma el principio del “*efecto directo*” del derecho de la Unión (de los Tratados y de los actos de las instituciones supranacionales) en los ordenamientos jurídicos nacionales. Decir que una norma de la Unión posee “efectos directos” implica que, sin ninguna acción estatal, un acto jurídico de la Unión despliega plenitud de efectos en todos los Estados miembros desde la fecha de su vigencia, creando derechos y obligaciones para todos los particulares, otorgando así derechos subjetivos que podrán hacer valer ante los órganos internos. El año siguiente, en 1964 (caso *Costa/ENEL*), el TJUE da concreción a otro principio, completando la primera con el principio de “*primacía*” del derecho de la Unión. En consecuencia, en caso incompatibilidad entre una norma de la UE y una norma interna (anterior o posterior), la norma interna resultará inaplicable, incluso si es una norma constitucional. Por lo tanto, en los juicios, todos los tribunales internos deben excluir la norma interna incompatible y aplicar la norma comunitaria. En la misma Sentencia *Costa/ENEL*, el TJUE habla de la presencia de “*un nuevo orden jurídico*”, destacado del derecho internacional clásico. De hecho, a través de una jurisprudencia muy atrevida, el TJUE consiguió definir los pilares de un orden jurídico federal.

10 D. Grimm, «L'Europe par le droit: jusqu'où?», *Le Débat*, nº 5-2015, pp. 101-102.

Existen otros numerosos ejemplos que ilustran el nacimiento de un “derecho constitucional europeo pretoriano”, que no fue el resultado de la activación del poder constituyente de los Estados, sino de la acción creativa de los jueces europeos. En 1971, el Tribunal de Luxemburgo inauguró la teoría de las competencias “implícitas” de las Comunidades (asunto *AETR*, 1971), en 1974 afirmó el “efecto directo” de las directivas (asunto *Van Duyn*, 1974)¹¹, prohibió en 1979 el juego del excepción *non adimpleti contractus* entre Estados miembros (asunto Comisión c/ Francia)...

Podemos citar también la bien conocida jurisprudencia europea sentada en los asuntos *Francovich* (1991) y *Köbler* (2003) que ha introducido el principio de “responsabilidad patrimonial de los Estados” por los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que les sean imputables. Tal principio implica la existencia obligatoria de un régimen común para los Estados miembros en materia de responsabilidad de los poderes públicos. Además, implica recursos suplementarios por los ciudadanos o las empresas. Es la posibilidad de plantear una indemnización por daños producidos por aplicación de una ley interna; por daños resultando de una acción administrativa o de violaciones del derecho de la Unión por culpa de una sentencia definitiva del tribunal supremo del Estado.

Las jurisdicciones nacionales tenían la posibilidad de oponerse a tales evoluciones, pero no lo hicieron, argumentando que un “diálogo” de los jueces debía prevalecer sobre la perspectiva de la “guerra” de los jueces. Al fin y al cabo, aceptan ponerse en una situación jerárquica o sea bajo la influencia del Tribunal de Luxemburgo, como puede existir en una arquitectura federalista, mientras que la UE no es una federación.

Un mecanismo institucional muy famoso facilitó la cooperación estrecha entre los dos niveles de jurisdicciones: la *cuestión prejudicial* del artículo 267 del Tratado sobre el funcionamiento de la UE. Su creación corresponde a la idea formulada por Pierre Pescatore según la cual “el orden jurídico comunitario es único, uniforme o no existe”. Más en detalles, a petición de las jurisdicciones nacionales el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la interpretación de los Tratados o de los actos de las instituciones y sobre su validez. Este mecanismo aparece justificado porque los tribunales nacionales son los encargados de

11 La directiva de la Unión es un acto legislativo de tipo particular – usado con mucha frecuencia – que se limita a fijar objetivos a los Estados miembros. Estos últimos, que tienen una cierta libertad en la elección de los medios, deben incorporar los objetivos en sus ordenamientos jurídicos internos (se habla de la “transposición” de las directivas). El TJUE les reconoce en algunos casos un efecto directo con el objeto de intensificar la integración (proteger también los derechos de los particulares). En consecuencia, el Tribunal establece en su jurisprudencia que una directiva tendrá un efecto directo si sus disposiciones son incondicionales y suficientemente claras y precisas y cuando el país de la UE no haya transpuesto la directiva antes del plazo indicado en la directiva misma (Sentencia *Van Duyn*, 1974).

aplicar el derecho comunitario por el efecto directo de este último. El recurso prejudicial es pues un instrumento indispensable para evitar que surjan discrepancias entre las jurisdicciones nacionales en la aplicación del derecho comunitario. Pero el mecanismo prejudicial termina convirtiendo a los jueces nacionales en meros jueces comunitarios de derecho común. El Consejo de Estado francés, conocido por su resistencia inicial a las órdenes del TJUE, cambió recientemente su posición declarando considerarse como “juez de derecho común” en la aplicación del derecho de la Unión (caso *Perreux*, 2009).

De todo ello, se deduce que existe un *derecho constitucional europeo*, sin embargo un derecho constitucional supranacional de tipo particular, un derecho constitucional “económico”. En este sentido las normas de los Tratados, que se apoyan en una jurisprudencia muy constructiva, dan concreción al “ordoliberalismo”, un derecho dominado por la finalidad de un “mercado común” “sin ningún restricción del juego de la competencia”¹². En cambio el derecho constitucional de los Estados miembros mantiene su neutralidad económica, permitiendo al legislador elegir su política económica, la Constitución supranacional de la Unión europea acepta la primacía de la “racionalidad económica”, la de una libre competencia, incluso por los servicios públicos. Surgen por lo tanto dificultades importantes. La primera vulnera el poder constituyente de los Estados porque los ordenamientos jurídicos internos son invadidos por el liberalismo económico sin revisiones formales del texto constitucional. Basta pensar en la colaboración de los jueces nacionales en la aplicación del principio de primacía del derecho europeo. La segunda vulnera la justiciabilidad de los derechos sociales que carecen de fuerza, en la ponderación de los derechos, frente a la libertad de empresa o al derecho de propiedad.

Cada vez, el TJUE utiliza diferentes técnicas de interpretaciones – el efecto útil, la metodología teleológica, sistemática¹³ – para dinamizar la integración y limitar la soberanía de los Estados. Respecto a este conjunto de jurisprudencia, se puede hablar de un “gobierno de los jueces” en el espacio de la Unión. Como escribía Robert Lecourt, es de verdad *La Europa de los jueces*¹⁴.

Pero el TJUE no tenía la posibilidad de llevar al cabo tal evolución sin ayudas exteriores, sin la “complicidad” de los Tribunales nacionales. En Francia, por ejemplo (lo que podemos también observar en los otros países miembros), el Consejo constitucional aceptó someterse a las exigencias de la integración europea. Para respetar “la unidad del ordenamiento jurídico de la Unión”, el

12 Formula contenida en la jurisprudencia *Continental Can Company* de 1972.

13 Todas estas técnicas conducen a negar cada vez más la intencionalidad de los redactores de los tratados o la interpretación literal.

14 Ed. Bruylant, 1976. Una nueva edición es disponible desde 2008, coll. Droit de l'Union européenne.

Consejo rechazó examinar la constitucionalidad de las leyes de transposición de las directivas europeas, atribuyendo así una verdadera “inmunidad” a todo el derecho de la Unión. Pero acepta una excepción, si el derecho de la UE amenaza una “*norma o un principio inherente a la identidad constitucional de Francia*” (2006, asunto *Loi relative au droit d’auteur*). Los autores hablan de una “reserva de constitucionalidad”. En la práctica, sin embargo, jamás el Consejo se atrevió a sancionar una sola directiva sobre la base de esta o de ese principio inherente a la identidad constitucional de Francia... La lealtad de los jueces constitucionales a la jurisprudencia del TJUE puede conducir, en concreto, a aceptar que una norma europea “inconstitucional” pueda desplegar efectos en el ordenamiento jurídico nacional.

Y por último, no son numerosos los tribunales nacionales que rechazan tal subordinación, podemos citar el caso del Tribunal constitucional alemán (a veces el Tribunal constitucional portugués o de Republica Checa). ¿Y los universitarios? ¿Cómo reacciona la doctrina ante esta subordinación voluntaria de los jueces nacionales? Aplauden... La gran mayoría de los profesores de derecho aprovechan para hablar de un “diálogo” pacífico de los jueces (nacionales y supranacionales). De hecho, la retórica del “diálogo de los jueces” conoce un gran éxito en la doctrina europea, y ofrece la ilusión de un progreso, de una civilización que camina hacia cada vez más derechos y cada vez más racionalidad. Sin embargo el “diálogo de los jueces” no es una fórmula neutra. Implica la valorización del trabajo de los jueces que saben trabajar de manera pacífica, con un cambio de argumentos; todo lo contrario de los políticos que gritan, que se pelean, que defienden los intereses particulares... que nos saben “dialogar”. La retórica del “diálogo” esconde también la realidad en Europa de un falso “diálogo” que se acerca cada vez más a una competencia estratégica o a un “monólogo” (con una subordinación de las tribunales nacionales ante los tribunales supranacionales). Y finalmente, es un argumento útil para justificar la presencia de un nuevo tipo de oligarquía: la *oligarquía de los jueces*.

Los progresos fueron evidentes por las libertades y el universalismo de los derechos fundamentales. Non obstante, los progresos no deben ocultar la realidad de los peligros que estallan estos últimos años en el espacio europeo.

II — LOS PELIGROS DE ESTA EUROPA DE LOS JUECES

Se destacan de forma evidente tres peligros: pensar que la salvación de la civilización vendrá de los jueces, la confiscación del poder constituyente del pueblo que puede conducir a la negación de las identidades nacionales, la desvalorización de la Europa política que deja el campo libre al populismo.

1. EL MITO DEL JUEZ COMO SALVADOR DE LA CIVILIZACIÓN

Desde la Revolución de 1789, toda la historia francesa fue atravesada por el mito del “salvador”: Napoleón Bonaparte, Clemenceau, Petain, de Gaulle... Es cada vez la misma historia: un período de crisis generalizada, de inquietud sobre el destino común y de repente la irrupción de un nuevo héroe que tiene la capacidad de captar todo el fervor de la esperanza colectiva. En el pasado, el héroe era un individuo, hoy adopta la figura de una corporación, la corporación de los jueces que encarna en esta nueva mitología todas las virtudes perdidas: la neutralidad, el arte de la argumentación, el sentimiento de la justicia, de la probidad. El historiador francés Raoul Girardet escribía: “en torno al salvador, en sumisión, devoción o entusiasmo, se está reestructurando una vida colectiva [...] se está consolidando un nuevo tejido social”¹⁵. Pero, afortunadamente, sigue existiendo observadores escépticos, sobre todo en el mundo anglosajón, que alertan a la manera de Mark Tushnet: ¡“*Court and Judicial review are false gods*”!

Porque ¿quién puede garantizar con certeza que haya más capacidad en un tribunal constitucional que en una asamblea parlamentaria? Los partidarios de la *teoría realista* de la interpretación lo demuestran: el trabajo de interpretación de los textos no es una operación de conocimiento, es sobre todo una operación de voluntad; una voluntad que integra argumentos jurídicos, pero también argumentos personales y de manera inevitable, argumentos políticos. Desde luego, ¿quién puede explicar por qué la voluntad de los jueces sería intrínsecamente mejor que la voluntad de los diputados? Uno de los problemas radica en la interpretación de las normas ambiguas, redactadas en términos imprecisos o bajo la forma de principios – numerosos en los textos constitucionales – y que tienen un importante alcance social. ¿Qué quiere decir la “libertad de expresión”? ¿La “libertad religiosa”? ¿El derecho a un “proceso equitativo”? Son los jueces los que fijan el sentido de estas fórmulas... y que sancionan las leyes que no tienen la misma interpretación.

Jeremy Waldron, profesor a la Universidad de Nueva York (una figura de la corriente académica llamada “*popular constitutionalism*”¹⁶), se pregunta: ¿Cómo explicar que una *sentencia adoptada por una mayoría de jueces (cuatro o cinco) sea menos criticable que una decisión apoyada por la mayoría en el*

15 R. Girardet, *Mythes et mythologie politiques*, éd. du Seuil, coll. Points, 1990, p. 95.

16 Hoy día, el “*popular constitutionalism*” (con líderes que se llaman Larry Kramer, Mark Tushnet, o Robert Post) intenta rehabilitar la teoría del poder constituyente del pueblo, totalmente negada por la última palabra dada a la Corte suprema en el ámbito de la interpretación del texto supremo. Es una contestación que pertenece a la historia del constitucionalismo norteamericano. Pero este tipo de contestación no existe en Europa. Es sorprendente porque no son los tribunales nacionales los que permiten la evolución de la norma suprema, pero los jueces supranacionales (el TJUE en el ámbito de la constitución económica; el TEDH en el ámbito de los derechos fundamentales...).

parlamento?¹⁷ En los Estados Unidos, es hace más de un siglo que el debate sobre la legitimidad del “*constitutional review*” sigue abierto; es todavía un “elemento estructural” del constitucionalismo americano. Pasa todo lo contrario en Francia ya que ante la omnipotencia de los jueces supranacionales (TJUE y sobre todo TEDH) prevalece la idolatría o la resignación. Pero ¿quién asegura que en un espacio global o supranacional, sin control de la prensa o de la opinión, los jueces darán siempre la prioridad a los derechos sociales... a las minorías oprimidas? Es de notar que en Reino Unido, un argumento desarrollado en favor del “Brexit” fue la omnipotencia de los tribunales supranacionales que niega la tradición de soberanía parlamentaria del país. En Suiza, dos veces el pueblo dijo “no” a la integración del país en la UE (1997, 2001), porque los ciudadanos saben que el orden jurídico de Europa no puede conciliarse con la tradición de participación popular directa y con un texto constitucional que favorece la soberanía popular.

Además, nadie puede asegurar que la pluralidad de la sociedad se refleja mejor en los tribunales; que la edad media de los jueces, la naturaleza de sus formaciones o su extracción sociológica permiten sentir mejor las necesidades de las minorías. Y no hablamos del clientelismo o de las estrategias políticas de los jueces mismos o de quien los promueven o nombran. A este respecto, podemos referirnos a los últimos nombramientos en el Tribunal Supremo de Estados-Unidos (de Neil Gorsuch y de Brett Kavanaugh) o al nombramiento de Sergio Moro como Ministro de la justicia en Brasil...

2. LA CONFISCACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE DEL PUEBLO

En el centro de las técnicas de interpretación del TEDH se sitúa el concepto de “consenso europeo”. Sirve para interpretar la Convención y elaborar estándares de derechos fundamentales. Este concepto se refiere al nivel de uniformidad existente en los marcos jurídicos de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre un tema en particular. El Tribunal lo utiliza tanto para justificar un amplio “margen de apreciación” concedido a los Estados en ausencia de consenso (reproducción asistida, matrimonio de los homosexuales, laicidad, cuestión del aborto entre otras), como para imponer “nuevos estándares” en los casos en los que existe una tendencia clara en la “mayoría” de los Estados miembros (la igualdad de los hijos nacidos fuera del matrimonio, la objeción de conciencia por ejemplo, los derechos de los presos, el derecho

17 Véase J. Waldron, *Political Political Theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2016 (sobre todo el capítulo 10, pp. 246-273). También, J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 2007. Sobre el papel fundamental de los parlamentos en la protección de los derechos véase también los escritos de Gerald N. Rosenberg, Richard Bellamy o Adrian Vermeule. Para un estudio de gran calidad, G. Tusseau, «Enfrentar al panjudicialismo epistémico: la escatomización de formas políticas de control de constitucionalidad», *Parlamento y Constitución*, Anuario, nº 18-2017, pp. 9-53.

a una vida sexual libre...). Sin embargo, hay elementos absurdos en este tipo de razonamiento; elementos que pueden dinamizar la “democracia iliberal” animada por Viktor Orbán.

Lo absurdo, primero, resulta de la negación de lo que es una Constitución nacional: un “contrato social” entre generaciones, el reflejo de su historia propia, el código moral y cultural de un pueblo. Al fin y al cabo, una Constitución es el reflejo de un “consenso interno”. Desde luego, ¿cómo explicar a la mayoría de los ciudadanos que este “consenso interno” no vale...? ¡No vale si se establece un “consenso europeo”! Lo absurdo, en segundo lugar, resulta del aspecto aleatorio e inestable de tal “consenso europeo”. Puede ser condicionado por varias razones puntuales: razones coyunturales como el cambio de orden constitucional en algunos Estados, como una alteración política radical, como la llegada simultánea de partidos extremistas al poder, como simplemente la nueva orientación ideológica del sufragio universal. Una hipótesis: ¿si la ultraderecha accediera al poder en la mayoría de los Estados miembros, con la adopción de legislaciones radicalmente diferentes en el ámbito de la familia, de los valores religiosos, del matrimonio, acarreando la emergencia de un nuevo tipo de “consenso europeo”, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos aceptaría todavía referirse a este concepto? En tercer lugar, en relación con el “consenso europeo”, lo absurdo resulta de la negación de los principios mismos que animan la historia del Consejo de Europa: el pluralismo, el respeto de todas las minorías culturales, sociales, étnicas frente a la tiranía mayoritaria. Finalmente, el TEDH lucha para defender las minorías... excepto las minorías constitucionales.

En definitiva, este proceso de estandarización de los derechos fundamentales conduce a la negación de la “diversidad cultural” en el suelo europeo. Es una de las debilidades de la construcción europea: hacer una Europa de los valores universales, de los valores comunes (con el riesgo de inventarlos), desvalorizando al mismo tiempo la importancia de las singularidades nacionales. Es el desequilibrio entre la “identidad europea” y las “identidades constitucionales nacionales” el que puede despertar el *populismo*. La interacción inevitable en un espacio integrado no debe transformarse en una subordinación de las segundas¹⁸. Para decir las cosas de otra manera, la mecánica de la integración europea olvidó desde el inicio la escuela “culturalista” del derecho – “*law is culture*” – según la cual el derecho (sobre todo público) no se

18 En un libro reciente, el intelectual Régis Debray (*L'Europe fantôme*, Gallimard, 2019) subraya el fenómeno. Una sentencia reciente del TJUE (5 de diciembre de 2017 *M.A.S. et M.B.*) da la prioridad al respeto de la «identidad nacional» sobre los imperativos de unidad y de primacía del derecho de la Unión. Quizás sea el inicio de una inflexión a favor la diversidad constitucional después de cincuenta años de uniformización y de monologo!

entiende sin considerar su propio contexto, su historia¹⁹. Es una visión relativista que denuncia los peligros del sueño del universalismo de los valores, con reglas que pueden viajar de un ordenamiento jurídico al otro produciendo las mismas consecuencias.

Hoy día, el populismo nacionalista se desarrolla sobre todo en el Este de la Unión europea (en Hungría, Polonia, República Checa, Croacia...). No es una casualidad. Se explica por el peso de la Iglesia cristiana en estas regiones de Europa, con sus valores cada vez más negados por la interpretación de los derechos fundamentales (a favor de los homosexuales, del aborto, de la libertad sexual etc.). El *iusnaturalismo* de la Iglesia no coincide con la interpretación “evolutiva” de los derechos fundamentales, impuesta desde Estrasburgo. Además, estos países del Este vivían bajo el totalitarismo soviético como sociedades cerradas, sin tradición de emigración venida de otro continente, sin conocer la religión del Islam o el multiculturalismo de las sociedades occidentales.

Los periodos de escritura de las constituciones, después de la caída del muro de Berlín, coincidieron con grandes momentos de renacimiento nacional, de orgullo patriótico. Usando la fórmula de Boris Mirkine-Guetzévitch, en estos países el texto constitucional tuvo el aspecto de una verdadera “técnica de la libertad”²⁰. En este sentido, los derechos fundamentales representan un momento fuerte en la actividad de las asambleas constituyentes, porque el catálogo de los derechos traduce en forma jurídica todas las esperanzas y todas las cicatrices de la historia nacional. Para proteger el documento, existen muy a menudo cláusulas que limitan o que prohíben la posibilidad de reformar los artículos. Pero, en Europa, con la omnipotencia de los tribunales supranacionales se puede hablar de una reescritura indirecta del catálogo de los derechos. Desaparece la fuente popular del derecho constitucional ya que los textos constitucionales toman la forma de textos casi impuestos por instancias exteriores. El fenómeno acarea un tipo de parálisis del poder constituyente nacional, sino de confiscación. El inmiscuirse en la fabricación de la norma constitucional nacional no era el papel inicial del TEDH aunque se lo atribuyó sin dificultades hasta cualificar la Convención de 1950 de “instrumento constitucional del orden público europeo” (sentencia *Loizidou c/ Turquie*, de 1995). Es un “peligro” porque la Europa de los jueces conduce a negar la Europa “política”.

19 En Francia, Pierre Legrand (*Le droit comparé*, PUF, coll. Que sais-je? 1999) es un partidario de la “escuela” culturalista. Así se opone al método “funcionalista” desarrollado por Zweigert y Kötz. John Bell o Rodolfo Sacco fueron otros críticos del método “funcionalista”.

20 B. Mirkine-Guetzévitch, «Les nouvelles tendances du droit constitutionnel», *Revue du Droit Public*, 1928, p. 16.

3 LA DESVALORIZACIÓN DE LA EUROPA POLÍTICA

En el origen del derecho constitucional se sitúa el principio de “equilibrio” entre la democracia mayoritaria y el Estado de derecho, entre lo jurídico y lo político, entre la voluntad legislativa y el marco normativo; el equilibrio que es la piedra angular de esta muy especial asignatura jurídica. Por lo tanto, junto a la ideología liberal que permite proteger las libertades del individuo, no debe olvidarse que los actores de la democracia son entidades colectivas: partidos políticos, grupos parlamentarios, el electorado, la opinión pública etc. Sin embargo, la “Europa de los jueces” conduce a negar la Europa política, la Europa del sufragio universal, de los debates ideológicos, de la pluralidad.

En la Unión, nos hallamos ante el auge desproporcionado del jurídico, del control técnico de los jueces, que provoca al mismo tiempo el declive del político. De manera general, la democracia representativa y participativa padece de un tipo de deslegitimación que parece superar el coyuntural para inscribirse en la profundidad de una nueva cultura europea desde hace medio siglo. Pero como sabemos, la naturaleza tiene horror del vacío. Lo que explica porque el espacio libre dejado por el político fue fácilmente ocupado desde por el económico²¹. Si en los Estados miembros se intensificara la lucha “orwelliana” anti-corrupción, con jueces que pierden el sentido de la moderación, el vacío podría ser ocupado por los adversarios del consenso político, de la deliberación, de la dialéctica. La historia demostró que en nombre de la “virtud”, uno puede justificar todas las dictaduras. Es una de las consecuencias peligrosas de la ruptura del equilibrio inicial entre la democracia y el liberalismo. Se podría añadir que la hegemonía de los jueces acostumbra los conciudadanos a la dominación de los expertos, a una integración decidida en lugares lejos, cerrados. Así se refuerza la visión de una democracia “apolítica”, sin debates, sin alternancia que permite a los adversarios de la Unión denunciar una integración de “las élites”, opuesta a la voluntad de los pueblos. De esta manera los antieuropeos (las tendencias euroescépticas) pueden usar de caricaturas oponiendo la “democracia jurídica” a la “democracia de las urnas”.

Es un peligro porque detrás de la primacía de un tipo de gobierno de los jueces y de los expertos, está la desvalorización indirecta del sufragio universal, de la soberanía popular... lo que puede conducir a “la rabia” de una parte de los ciudadanos; lo que puede conducir a la subida de un voto de “contestación”, y al triunfo de Donald Trump, de Viktor Orban, Matteo Salvini o de Jair Bolsonaro. A fin de cuentas, ¿qué es el concepto muy peligroso de “democracia iliberal” que se desarrolla en Europa del Este, sino un concepto

21 Sobre el tema del desequilibrio, *vid.* S. Milacic, *De l'âge idéologique à l'âge politique*, éd. Bruylant, 2010, p. XV. “Le Marché a fait reculer l'Etat, en tant que référentiel majeur, et dont les 'lois' ne gouvernent plus seulement l'économie, mais pénètrent dans tous les champs sociaux et scientifiques”.

radicalmente opuesto al “Estado de Derecho”? La “democracia iliberal” es la negación del sincretismo histórico de las democracias occidentales entre la voluntad de la mayoría política y la protección de las libertades individuales o colectivas²². Es una visión unívoca de la democracia, brutal: la ley de la mayoría y desde luego “la ley del más fuerte”. Al fin y al cabo, el crecimiento de esta visión de la democracia puede aparecer como una manera – muy peligrosa – de restablecer el equilibrio entre el *derecho (la democracia de los jueces)* y la *política (democracia de las urnas)*.

Finalmente, el derecho constitucional nacional, en muchos países, y sobre todo el derecho constitucional europeo, ha pasado a ser un derecho de la desconfianza, del “garantismo”, y desde luego ha perdido su carácter de “legitimación”: legitimación al debate político, a la participación ciudadana, en definitiva a la integración del pluralismo social. Triunfa el *dogma representativo* con jueces erigidos como nuevos guías de la voluntad general, de la moralidad y de la felicidad colectiva. En Europa, la sacralización del poder judicial adopta el aspecto de una *ideología*. La “revolución de la sociedad digital” derribará estas viejas creencias, lo que permitirá subrayar el arcaísmo de las instituciones representativas. A este respecto, se puede decir que el movimiento de los “chalecos amarillos” en Francia, apoyado por las redes sociales, en “Facebook”, expresa un aspecto de la “*revolución digital*” que atraviesa la humanidad y que anuncia grandes metamorfosis en la democracia liberal.

Después del advenimiento del “pueblo-elector” (con el sufragio universal, los partidos políticos, el voto de las mujeres), más tarde del “pueblo-social” (con el derecho de huelga, los sindicatos, el Estado de derecho social, la exigencia del “diálogo social” durante la elaboración de la ley...), se constata la llegada de un nuevo pueblo: el “pueblo-digitalizado” o “webisado” (con internet y las nuevas redes de comunicaciones), impregnado por la cultura del hiper-narcisismo, porque esta “revolución” digital facilita la difusión de la voz de cada uno, la opinión de cada uno, sobre todos los asuntos, creando la ilusión del conocimiento, del poder. Se lleva a cabo una igualación de la información, de los análisis, *The Death of Expertise*, según el título del libro de Tom Nichols²³. Esto produce consecuencias institucionales indirectas: a través una nueva voluntad inmoderada de participar, de vigilar, de acosar a los representantes. Las *redes sociales* reducen cada vez más la distancia entre los que tienen el poder y los demás, lo que condena a corto plazo las estructuras

22 A través de la fórmula de su artículo 2 – «Estado de derecho democrático» – la Constitución portuguesa expresa muy bien este sincretismo. Podemos citar también el artículo 1 de la Constitución brasileña y su «Estado democrático de derecho».

23 Oxford University Press, 2017.

clásicas de la democracia representativa. Por lo tanto, se necesita imaginar nuevos mecanismos de participación directa y otros modos de representaciones.

Algunos autores piensan que la “radicalización” de la democracia²⁴ – que defienden – debe pasar por el fortalecimiento del poder judicial, sobre todo de los jueces constitucionales. Pienso todo lo contrario. En realidad, la combinación de la revuelta de las masas y de la sociedad digital no tardará en subrayar el arcaísmo de este sueño aristocrático. En Europa, el desafío del *populismo* del siglo XXI será el mismo que el desafío del *totalitarismo* del siglo XX. Los nuevos medios de comunicaciones (la radiotelevisión, el inicio de la sociedad de la imagen, la propaganda cinematográfica) fueron herramientas importantes para el totalitarismo, la sociedad digital, la web, las redes sociales son herramientas decisivas para el populismo. Canalizar los nuevos “contrapoderes sociales”, la obsesión de la transparencia y de la vigilancia generalizada del “pueblo-digitalizado”, representa una parte de los nuevos desafíos a los que las democracias liberales se enfrentarán durante las próximas décadas. Antes de practicar “tabula rasa”, parece preferible incorporar mecanismos modernos de participación y de debates colectivos en los pilares del sistema representativo tradicional. Se abre un espacio de imaginación gigantesco por la doctrina constitucional y las nuevas generaciones.

24 D. Rousseau, *Radicaliser la démocratie, propositions pour une refondation*, Seuil, 2015.