

Los Jueces Europeos en una Sociedad Global: Poder, Lenguaje y Argumentación

David Ordóñez-Solís*

I. Introducción

A los cambios vertiginosos que se están produciendo en nuestra sociedad se les llama globalización y de sus efectos, obviamente, no puede librarse el Derecho en cuanto instrumento o técnica al servicio de toda sociedad. Precisamente en este ámbito, uno de los elementos caracterizadores de nuestra sociedad son los jueces y éstos son, por lo demás, el eje del sistema político alrededor del que se crea y aplica el Derecho por lo que resulta también razonable pensar que el juez está sufriendo especiales transformaciones como consecuencia de la globalización.

Ahora bien, sobrevalorar el fenómeno de la globalización y sus efectos en el Derecho significa olvidar demasiado apresuradamente lo que en otras épocas supuso para la configuración del ámbito de lo jurídico la expansión del imperio romano en la Antigüedad, la cristiandad en la Edad Media o incluso los efectos que a partir del siglo XVI tuvo el descubrimiento de América. Pero es que, además, a finales del siglo XVIII y en su conocido opúsculo *La paz perpetua*, apreciaba Kant un proceso de mundialización que asociaba con el Derecho en estos términos:

“la comunidad –más o menos estrecha– que ha ido estableciéndose entre todos los pueblos de la tierra ha llegado ya hasta el punto de que una violación del derecho, cometida en un sitio, repercute en todos los demás; de aquí se infiere que la idea de un derecho de ciudadanía mundial no es una fantasía jurídica, sino un complemento necesario del código no escrito del derecho político y de gentes que de ese modo se eleva a la categoría de derecho público de la Humanidad y favorece la paz perpetua, siendo la condición necesaria para que pueda abrigarse la esperanza de una continua aproximación al estado pacífico”.¹

* Magistrado, doctor en Derecho y miembro de la Red Judicial Española de Derecho de la Unión Europea.
¹ I. KANT, *Lo bello y lo sublime: La paz perpetua*, 1795, trad. [A. SANCHEZ y F. RIVERA, 5a ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1972], p. 117.

En todo caso, si para comprender mejor la realidad se la pudiera simplificar podríamos aproximarnos al juez contemporáneo a partir de tres notas esenciales: el juez constituye un *poder* del Estado que, sin perjuicio de sus distintas configuraciones, resulta por lo general limitado a la solución de problemas concretos;² el juez utiliza un *lenguaje* jurídico muy particular; y cada vez es más importante que en sus decisiones el juez se esfuerce por justificarse con una particular *argumentación*, razonando por qué de las distintas opciones posibles ha elegido una de ellas como la más apropiada.

Así pues y en primer lugar, el juez es un poder del Estado que, por decirlo parafraseando a J.L. Austin, “hace cosas con casos”,³ con lo que se pone de manifiesto sus limitaciones en la medida en que no es el juez quien selecciona los asuntos sino que debe resolver únicamente aquellos litigios para los que le atribuye competencias el ordenamiento jurídico y debe actuar de acuerdo con unas reglas muy precisas de procedimiento; probablemente la caracterización más acabada de estos límites externos del poder judicial la haya hecho Alexis de Tocqueville observando atentamente la evolución política de la sociedad norteamericana en sus años fundacionales a principios del siglo XIX.⁴ En segundo lugar, el poder del juez se manifiesta en la resolución de casos con palabras, lo que pone de relieve la importancia que reviste el lenguaje de los jueces, el lenguaje judicial,⁵ en el que, por lo general, se inspiran otros poderes del Estado, por ejemplo las Administraciones. Y, por último, si algo caracteriza al poder judicial es la necesidad de motivar sus resoluciones y de utilizar argumentos, que, según la ortodoxia, sólo pueden ser jurídicos. A pesar de que las resoluciones del juez son por

² Debe precisarse, no obstante, el efecto que ha tenido la ‘constitucionalización’ de todo el ordenamiento jurídico y la distinta función y evolución que en cada sistema jurídico, sea del ‘common law’ o del ‘civil law’, ha tenido el poder judicial y, de manera especial, los ‘tribunales constitucionales’, sea el Tribunal Supremo estadounidense o los Tribunales Constitucionales continentales europeos; véanse los problemas planteados en los Estados Unidos en el estudio de **L.G. SAGER**, *Juez y democracia: Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, trad. [V. FERRERES, Madrid, Marcial Pons, 2007].

³ **J.L. AUSTIN**, *How to Do Things with Words*, trad. [G.R. CARRIO y E.A. RABOSI, *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona, Paidós, 1982].

⁴ **A. DE TOCQUEVILLE**, *La democracia en América*, trad. [D. SANCHEZ DE ALEU, Barcelona, RBA, 2005], p. 104, observa: “Los norteamericanos han conservados estos tres rasgos distintivos del poder judicial. El juez norteamericano sólo puede pronunciar sentencia cuando hay litigio; no interviene sino en casos particulares, y para actuar debe siempre esperar a que se le someta una causa [...] El juez americano se parece en todo, pues, a los magistrados de otras naciones. Pero está revestido de un inmenso poder político [...] Este solo hecho es la causa: los americanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones en la *Constitución* más que en las *leyes*. En otros términos, se les permite la no aplicación de las leyes que les parezcan inconstitucionales”.

⁵ Véase en el ámbito político norteamericano el tratamiento de **R.A. POSNER**, *Law and Literature*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1998; en especial cuando se refiere a la cuestión de los “legal texts as literary texts”, pp. 209-302; de hecho, se atreve a evaluar, por ejemplo, al juez **B.N. CARDOZO**, “mostly a purist, was one of the finest judicial writers in our history” [p. 291].

definición vinculantes y deben cumplirse inexorablemente, la evolución de la sociedad permite, sin embargo, que las sentencias puedan ser criticadas hasta el punto de ser legítimo intentar forzar su cambio, bien introduciendo enmiendas constitucionales bien aprobando nuevas leyes o, simplemente y por los procedimientos establecidos, cambiando a los propios jueces.⁶

Resulta de interés, por tanto, observar en el contexto de la globalización algunos aspectos relevantes de estos elementos constitutivos del juez contemporáneo, su poder, su lenguaje y su argumentación, y hacerlo precisamente a partir de la experiencia europea; que, además, pueden identificarse fácilmente y de una manera casi rectilínea después de la Segunda Guerra Mundial, en poco más de medio siglo. El resultado de la experiencia europea sería la configuración de un juez que debería estar preparado para afrontar los nuevos retos de la globalización, para acomodarse a un nuevo modelo de lo que podría denominarse ‘cosmopolitismo judicial’, entendido como proceso de establecimiento de instancias judiciales internacionales y supranacionales, que se apoya necesariamente en una implicación de los jueces nacionales en la aplicación de un ordenamiento universal; y que debe desenvolverse en ‘contextos deliberativos comunicantes’, lo cual es visible en especial en relación con los derechos humanos en ámbitos regionales, como el europeo o el americano, y en el espacio jurídico global.⁷

II. El poder del juez europeo en la sociedad de la globalización: Constitución, Unión Europea y derechos fundamentales

Dentro de los estrechos límites que se le imponen al juez, éste tiene un poder efectivo extraordinario en aquellos casos de los que conoce. En *El Federalista*, al aprobarse la Constitución estadounidense de 1787, los padres de los Estados Unidos de América consideraban que el judicial era el poder “menos peligroso para los derechos que establece la Constitución, puesto que su capacidad para perturbarlos o

⁶ A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 8a impresión, New Haven, Yale University Press, 1976, p. 75, recuerda el abierto enfrentamiento en Estados Unidos entre el Ejecutivo, presidido por F.D. Roosevelt, y el Tribunal Supremo Federal durante el período comprendido entre 1937 y 1942; período que denomina ‘gran guerra constitucional’.

⁷ G. ZAGREBELSKY, “Corti costituzionali e diritti universali”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, No 2, pp. 297-311.

menoscabarlos será menor”;⁸ sin embargo, A. Bickel se ha encargado de advertir las dificultades de la “compatibilidad del control judicial con el gobierno democrático”.⁹ Y lo mismo se puede observar en la Europa actual donde el aumento de los poderes de los jueces resulta manifiesto. Esto se debe, en sustancia, a que el juez de nuestros días es un juez constitucional, un juez vinculado a normas fundamentales, superiores a las propias leyes de los Parlamentos. Pero en la Europa del último medio siglo se ha producido un nuevo fenómeno complementario y que si bien tiene la misma razón de ser, la existencia de nuevos textos fundamentales, al mismo debe añadirse la decisiva circunstancia de que estos nuevos textos tienen sus propios intérpretes judiciales: así, al lado de los jueces que aplican la Constitución que, por tanto, son jueces constitucionales, se ha creado una jurisdicción especial encomendada a un Tribunal Constitucional; pero también se ha adoptado un tratado internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que, sin embargo, por efecto de su intérprete supremo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha adquirido rango de carta constitucional en Europa. En fin, partiendo de una ambición inicialmente económica, se ha creado una Unión Europea, cuyo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha logrado consagrar por efecto de su propia interpretación el ordenamiento jurídico comunitario como un ordenamiento que, en bloque y a modo de Derecho constitucional federal, prima sobre el Derecho de los Estados miembros de la Unión.

Por tanto, lo que caracteriza a los jueces europeos es su condición de jueces constitucionales que aplican la Constitución, de jueces que aplican el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de jueces vinculados por el Derecho de la Unión Europea. Es preciso subrayar que la fuerza jurídica de los distintos textos fundamentales -de la Constitución, del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea- deriva precisamente de la intervención de determinados tribunales, sean los Tribunales Supremos o Constitucionales de los respectivos Estados europeos, sea el Tribunal de Estrasburgo respecto de 47 Estados del Consejo de Europa,¹⁰ sea el Tribunal de Luxemburgo en los

⁸ A. HAMILTON, *El Federalista*, 28 de mayo de 1788, No 78, trad. [I. SANCHEZ-CUENCA y PABLO LLEDO, *Artículos federalistas y antifederalistas: El debate sobre la Constitución americana*, Madrid, Alianza, 2002], p. 196.

⁹ A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch, o.c.*, p. 235; resulta complementario el análisis posterior de J. HART ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1980.

¹⁰ El último Estado en integrarse el 11 de mayo de 2007 en el Consejo de Europa ha sido Montenegro que

27 Estados de la Unión Europea. Podría decirse, en suma, que la calificación como constitucional, de los derechos humanos o supranacional, no es más que un modo de apreciar un aspecto determinado del poder ‘constitucional’ del juez europeo.

La primera revolución en el Derecho contemporáneo deriva del reconocimiento de efectos jurídicos de las Constituciones nacionales y, consecuentemente, de su aplicación por los jueces. Esta transformación fue visible en la evolución constitucional norteamericana abocada desde sus inicios en la realización de una Federación de Estados de la supremacía de la Constitución federal, lo que se reveló especialmente en el siglo XIX y sobre todo después de la Guerra Civil,¹¹ pero también se extendió a los derechos fundamentales en particular durante el siglo XX¹². No obstante, en Europa fue a mediados del siglo XX cuando las experiencias pioneras de los años 20 y 30 en Austria y España, cristalizaron en sistemas de control concentrado de constitucionalidad en Italia, Alemania y Francia, expandiéndose posteriormente en los años 70 al Sur de Europa; y en la última década del siglo XX a los Países de Europa Central y Oriental, incluida la Federación Rusa.¹³

Ahora bien y sin perjuicio de las particularidades nacionales, la creación de un Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución, no supone un desapoderamiento de los jueces ordinarios para interpretar y aplicar la Constitución, sino que, más bien y salvo en algún sistema nacional, como resulta paradigmático en Francia, los jueces pueden cuestionar la constitucionalidad de las propias leyes ante el Tribunal Constitucional. En efecto y sin llegar al extremo del control difuso norteamericano que permite al juez no aplicar la ley que estime inconstitucional, en la mayoría de los sistemas judiciales europeos el juez puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad de una ley ante el propio Tribunal Constitucional.

también ha ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹¹ Así lo explica, por ejemplo: **C. WOLFE**, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, p. 15.

¹² **M. AHUMADA RUIZ**, *La jurisdicción constitucional en Europa: Bases teóricas y políticas*, Navarra, Thomson-Civitas, 2005, p. 34; explica: “La moderna concepción de la *judicial review*, la que funda en la protección de los derechos y libertades constitucionales su pretensión de legitimidad, está ahora tan arraigada que tiende a tomarse por clásica, cuando es un producto de la segunda mitad del siglo XX”.

¹³ La expresión más acabada en Europa de la normatividad de la Constitución y, especialmente, de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente se recoge en Alemania en su Ley Fundamental de Bonn de 1949 cuyo artículo 1.3 dispone que los derechos fundamentales “vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”.

Al cobrar fuerza normativa las Constituciones, los poderes del juez aumentan hasta el punto de que la aplicación directa de la Constitución se hace en detrimento de la omnipotencia de la ley del Parlamento. De hecho, este efecto ha sido especialmente significativo en dos de los grandes sistemas jurídicos de Europa, como el francés o el británico, que hasta hace poco seguían siendo ‘legicentristas’ y sus deficiencias se han puesto de relieve precisamente al confrontarlos con otros ordenamientos aplicables en Francia y en el Reino Unido respecto del Derecho de la Unión Europea y el Derecho derivado del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, el encaje del juez europeo de los derechos humanos, en el caso del Reino Unido, ha requerido la adopción de una ley cuasiconstitucional como lo es la *Human Rights Act* de 1998.¹⁴ Y lo mismo se puede decir del efecto de recepción del Derecho comunitario europeo en el Reino Unido y en Francia donde el cuestionamiento de la ley nacional ha sido especialmente paradójico de modo que la intangibilidad por los jueces ordinarios de las leyes, que si bien quedan al margen de un examen de constitucionalidad por los jueces ordinarios, no resultan inmunes a la efectividad del Derecho de la Unión siendo susceptibles de una suspensión judicial, como lo demuestra doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Factortame* respecto del Reino Unido¹⁵, o deben someterse a un examen de ‘convencionalidad’, de comparación con el Derecho de la Unión Europea, como ocurre en el caso de Francia.¹⁶

Ahora bien, tal como ha apuntado U. Breccia este aumento del poder del juez se manifiesta de forma complementaria en un ‘retorno al Derecho’, como un punto de referencia más amplio que la misma ley, y en un “incremento de la responsabilidad de los intérpretes”.¹⁷

La irrupción del juez supranacional, configurado en el marco de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea, ha tenido en la práctica un efecto revolucionario similar al que produjo la consideración de la Constitución como norma fundamental; probablemente la novedad consiste en que el juez supranacional debe

¹⁴ **I. CRAM**, “Judging Rights in the United Kingdom: The Human Rights Act and the New Relationship between Parliament and the Courts”, *Review of Constitutional Studies / Revue d’études constitutionnelles* 2006, No 1, pp. 53-82.

¹⁵ **T.J.C.E.**, Caso C-213/89, *Factortame y otros*, 19 junio 1990, *Colectânea*, 1990, I, p. 2433.

¹⁶ **G. PROTIÈRE y P. BLACHER**, “Le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution face aux directives communautaires”, *Revue française de Droit constitutionnel*, 2007, pp. 123-144.

¹⁷ **U. BRECCIA**, “Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al Diritto”, *Politica del Diritto*, 2006, No 3, pp. 361-384.

aplicar, *mutatis mutandis*, en el ámbito interno otro ordenamiento constitucional. Y este efecto transformador ha sido esencial en los sistemas jurídicos nacionales. En efecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al tiempo que evolucionaba desde su condición de mero ‘juez del mercado’ hacia un ‘juez constitucional’, ha desarrollado unos principios estructurales del Derecho de la Unión -la primacía del Derecho comunitario sobre los Derechos nacionales, el efecto directo del Derecho comunitario y la responsabilidad de las autoridades nacionales por violación del Derecho comunitario- y ha configurado un Derecho que, a pesar de las reticencias que pueda despertar, se parece muy fielmente a un Derecho federal y cuyo objetivo es resolver los problemas que plantean las relaciones que este Derecho federal debe guardar con los Derechos de los Estados de la Federación.¹⁸

Si las relaciones entre el Derecho comunitario europeo y los Derechos de los Estados miembros se asemejan a las propias de un Derecho federal, el sistema judicial de la Unión Europea responde precisamente a ese mismo esquema institucional federal y cuenta con jueces de la Federación, de la Unión Europea, los Tribunales comunitarios con sede en Luxemburgo, y los jueces nacionales que también actúan como jueces de la Unión Europea.¹⁹

Precisamente el reenvío prejudicial constituye el ejemplo más paradigmático de un procedimiento de colaboración ‘federal’ de los jueces nacionales con el Tribunal de Justicia. En este sentido, sin la fecundidad de esta vía especial de acceso al Tribunal de Luxemburgo, el Derecho comunitario europeo no podría haber llegado a lo que es hoy en día. Por ejemplo, difícilmente en un recurso directo, como el de anulación, el de indemnización, *etc.*, que resuelve cuestiones meramente administrativas o constitucionales entre las instituciones europeas hubiese podido generar una doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo, la primacía y la responsabilidad. Lo mismo se puede decir del recurso por incumplimiento, puesto en manos de la Comisión o incluso de los Estados miembros y que, en definitiva, recuerda y erige al Tribunal de Luxemburgo, en tribunal arbitral sobre el cumplimiento de las obligaciones que derivan del Derecho comunitario europeo. En cambio, en los reenvíos prejudiciales y sin

¹⁸ M. POIARES MADURO, *We, the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution; A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford, Hart, 1998.

¹⁹ D. RUIZ-JARABO COLOMER, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Civitas, 1993.

perjuicio de la prudencia que a veces muestra al contestar a los jueces nacionales, el Tribunal de Justicia resuelve casos concretos de ciudadanos.

En la evolución del mismo recurso por incumplimiento el procedimiento seguido, de carácter fundamentalmente intergubernamental, se ha adaptado de tal manera a los nuevos perfiles de la integración europea que la técnica clásica del Derecho internacional se suaviza y adapta a un enfoque más preocupado por la solución de cuestiones planteadas inicialmente a la Comisión Europea pero que en realidad pretenden resolver las denuncias o los litigios de los ciudadanos.

Por esa razón es frecuente que el Tribunal de Justicia resuelva mediante dos sentencias simultáneas un reenvío prejudicial y un recurso por incumplimiento; obviamente, la doctrina jurisprudencial es la misma pero son distintas las respuestas formales del Tribunal de Justicia al recurso por incumplimiento y al reenvío prejudicial; en el primer caso se declara el incumplimiento del Estado miembro y en el segundo supuesto se le indica al juez nacional cómo debe resolver el litigio que afecta al ciudadano.²⁰

²⁰ Así lo ilustran, por ejemplo, las dos sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 27 de octubre de 2005, en materia de contratación pública; en la primera sentencia, recaída en un asunto del que conocía un juez español, la Audiencia Nacional (C-234/03, Contse, S.A., *Rec.* p. I-9315), el Tribunal comunitario respondió en estos términos: “El artículo 49 CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio y, por otra, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones imperiosas de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional”; y en la segunda sentencia, por la que se resolvía el recurso por incumplimiento *Comisión / España* (C-158/03, no publicada en la *Rec.*), el Tribunal de Justicia concluyó declarando “que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE al incluir en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la provincia en la que debe prestarse el servicio o, en su caso, en su capital y, por otra parte, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones de producción, de acondicionamiento y de envasado ubicadas, según el caso, en España o a menos de 1.000 km de la provincia de que se trate, o de oficinas abiertas al público en otras localidades determinadas de esta última, y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata”.

Pero también ha de subrayarse que la actividad jurisdiccional del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es muy significativa si se atiende a las estadísticas conforme a las cuales en 2006 las cuestiones prejudiciales representaron un 46,32% de los asuntos iniciados ante el Tribunal de Justicia; asimismo, en 2006 de las 389 sentencias dictadas, 192 lo fueron en respuesta a reenvíos prejudiciales y 111 han sido sentencias relativas al incumplimiento de las autoridades de los Estados miembros. Desde un punto de vista evolutivo, de 1952 a 2006, el Tribunal de Justicia ha dictado 7.178 sentencias y durante ese mismo período se han registrado en el Tribunal de Luxemburgo 5.765 reenvíos de los jueces nacionales.²¹

En las últimas décadas el Tribunal de Justicia ha añadido a su labor de ‘juez del mercado’ la de ‘juez de los derechos humanos’; misión que ha sido facilitada con la adopción en diciembre de 2000 y por las instituciones de la Unión Europea de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Debe notarse que hasta en el lenguaje se aprecia un cambio cualitativo: no se habla en la Unión Europea y como es habitual en el ámbito internacional de los ‘derechos humanos’ sino de los ‘derechos fundamentales’, es decir, el término con el que en la Europa continental, por influencia alemana, se hace referencia a los ‘derechos constitucionales’; se debe, en definitiva, a la técnica del propio Tribunal de Justicia al derivar su interpretación de “las tradiciones constituciones comunes de los Estados miembros”.

En suma, el Tribunal de Justicia está adquiriendo un nuevo perfil más constitucional aún del que inicialmente se podría imaginar lo que deriva de una estructura judicial revisada en las dos últimas décadas con la constitución de un Tribunal de Primera Instancia y de un Tribunal especializado de la Función Pública.²² En definitiva, el Tribunal de la Unión Europea se enfrenta a nuevos desafíos, especialmente después de la ampliación de la Unión Europea a 27, pero resulta incontestable la elevación del Derecho de la Unión Europea a Derecho constitucional en los Estados miembros y a su consideración en calidad de norma constitucional por los

²¹ T.J.C.E., *Informe de actividad 2006*, Luxemburgo, Opoco, 2007, <http://curia.europa.eu/es/instit/presentationfr/index.htm>.

²² G. DE BÚRCA y J.H.H. WEILER, *The European Court of Justice*, Florence, European University Institute, 2001.

tribunales comunitarios y por los tribunales nacionales en aplicación del Derecho de la Unión.

Por último, la protección de los derechos fundamentales está vinculada al reconocimiento del valor normativo de las Constituciones donde se proclaman. Si bien en el caso norteamericano podría pensarse que desde 1791 el *Bill of Rights* de la Constitución tuvo su reflejo en la interpretación del Tribunal Supremo, lo cierto es que ha habido que esperar hasta el siglo XX a que en Norteamérica se haga realidad una efectiva protección judicial de los derechos constitucionales del individuo. En el caso europeo, el punto de partida es mucho más claro en tanto que hasta la segunda mitad del siglo XX no se puede hablar propiamente de una protección judicial de los derechos fundamentales. Y esta protección se ha llevado a cabo al mismo tiempo que se han producido las distintas oleadas democratizadoras: a finales de los años 40 y 50 en Francia, Italia y Alemania; en los años 70 y 80 en el Sur de Europa; y en los años 90 del siglo pasado en los Países de Europa central y oriental.²³

Esta protección judicial de los derechos constitucionales ha sido reforzada por la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación y en la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Si bien la evolución del Tribunal de Estrasburgo desde su constitución en 1959 es paulatina, en la misma se aprecia una apertura al enjuiciamiento de demandas individuales, lo que se hace plenamente efectivo a partir de la entrada en vigor del Protocolo No 11 el 1 de noviembre de 1998. Pero en todo caso el acervo jurisprudencial conseguido hasta ese momento resultaba ya impresionante.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que aplica un Convenio Europeo del que ya son 47 los Estados Parte, ha experimentado un espectacular aumento del número de asuntos lo que ha supuesto una extraordinaria respuesta judicial hasta el punto de que en 2006 se recibieron en Estrasburgo 47.733 demandas y se pronunciaron 1.560 sentencias. Mientras que en la etapa fundacional del Tribunal Europeo, desde

²³ Ciertamente cada país ha tenido su propia evolución en lo que se refiere al reconocimiento judicial de los derechos fundamentales; así, por ejemplo, en el caso de Francia fue el *Conseil constitutionnel* quien a partir de su decisión, de 16 de julio de 1971, llevó a cabo una revolución que expresó en cuatro palabras: “Vu la Constitution *et notamment son Préambule* [...]” lo que supuso que la Declaración revolucionaria de 1789 adquiriese, casi dos siglos después, plena normatividad constitucional.

1960 hasta 1998, no había pronunciado más que 837 sentencias, desde 1998 hasta 2006 las sentencias dictadas ascienden a 5.655.²⁴

Por tanto, una vez conseguida una masa crítica de decisiones judiciales, el desafío más importante al que se enfrenta el Tribunal de Estrasburgo radica en hacer frente al riesgo de un colapso judicial. En respuesta a tal amenaza se ha firmado el 13 de mayo de 2004 el Protocolo No 14 y que ya sólo está pendiente de la última y necesaria ratificación, la 47ª, de la Federación Rusa. En este Protocolo se proponen importantes cambios institucionales y procedimentales: por ejemplo, los jueces serían elegidos por un período no renovable de 9 años (nuevo artículo 23 del Convenio); la función de admisión de demandas encomendada ahora a un comité de tres jueces sería asumida por un juez único (nuevo artículo 27 del Convenio), y los comités estarían facultados para pronunciar sentencias en asuntos donde haya una jurisprudencia reiterada (nueva versión del artículo 28 del Convenio); se facultaría al Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa para presentar observaciones escritas y participar en la audiencia pública (nuevo artículo 36.3 del Convenio Europeo). También se prevé un incidente de ejecución de sentencias ante el Tribunal Europeo a instancia del Comité de Ministros (nuevo artículo 46 del Convenio); y, en fin, se prevé la adhesión de la Unión Europea (artículo 59.2 del Convenio).

El encaje institucional entre el desarrollo de la Unión Europea y la protección de los derechos humanos en Europa ha sido obra de los jueces. Por una parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, antes de contar con una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya se refería desde 1974 a las tradiciones constitucionales comunes, al Convenio Europeo y a su interpretación por el Tribunal Europeo de Estrasburgo.²⁵ Del mismo modo, el Tribunal Europeo ha sido, en la medida de lo posible, respetuoso con los desarrollos jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aunque haya recordado la vinculación de las instituciones de la Unión Europea, incluido el propio Tribunal de Justicia, al Convenio Europeo y a la doctrina del propio Tribunal Europeo.²⁶

²⁴ E.C.H.R., *Informe de 2006*, Estrasburgo, 2007,

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Reports/Annual+surveys+of+activity/>

²⁵ T.J.C.E., Caso 4/73, *Nold*, 14 mayo 1974, *Colectânea*, 1974, I, p. 491, apartado 13.

²⁶ E.C.H.R., *Matthews c. Reino Unido*, 18 febrero 1999, §§ 32-33 y 39; E.C.H.R., *Bosphorus c. Irlanda*, 30 junio 2005, §§ 159-165.

Así pues, en la caracterización del juez europeo confluyen las notas complementarias relativas a los distintos niveles en el ejercicio de la jurisdicción: en cada Estado, en la Unión Europea o en el ámbito europeo, y que son características de una jurisdicción constitucional, de una jurisdicción supranacional y de una jurisdicción de los derechos fundamentales, que, en todo caso y cada una en su nivel, tiene pretensión inequívoca de ser simple y propiamente una plena jurisdicción constitucional.

III. El lenguaje y la argumentación de los jueces europeos contemporáneos: la convergencia de modelos

El aspecto externo del lenguaje judicial y la estructura interna del discurso del juez están vinculados y tienen una serie de implicaciones de particular calado ya no sólo en el ámbito del Derecho sino también en la propia concepción política de las funciones y de los poderes desempeñados por los jueces en la sociedad. Así, por ejemplo, M. Troper llega a considerar que la ‘motivación’ constituye una ideología que enmascara y disimula la realidad del poder con el valor del Derecho, pero también en la estructura de la motivación radica su autonomía pues al mismo tiempo que da forma al poder, lo limita.²⁷

Tanto el lenguaje como la argumentación de los jueces dependen, en gran medida, de la tradición jurídica en la que se inscriban. N. MacCormick presentó hace tiempo de un modo simple pero particularmente penetrante la diferencia entre las dos tradiciones culturales, la continental europea y la anglosajona, y explicó cómo se traducen en el lenguaje de los jueces y, desde luego, en su modo de razonar y de argumentar:

“En unos casos el contraste que resulta sería al equivalente al que existe entre deducción e inducción, y en otros se correspondería con el que se produce entre el derecho como ciencia y el derecho como arte. Tengo la impresión de que en la Europa continental, con su tradición de jueces de carrera reclutados entre hombres y mujeres brillantes y relativamente jóvenes, se tiene

²⁷ M. TROPER, “La motivation des décisions constitutionnelles”, en *La motivation des décisions de justice*, Bruselas, Bruylant, 1978, pp. 301-302.

muy en cuenta, quizás tendría que ser así, que la tarea de juzgar es una ciencia que debe ser aprendida y que debe ser practicada con un rigor impersonal. En cambio, en Gran Bretaña no es un científico entrenado sino un artista práctico el que, habiéndose distinguido durante un amplio período de práctica en la abogacía, finalmente es llamado al estrado para ser juez; y en esta función se puede constatar que es convocado para realizar la más conspicua práctica del mismo arte que ya practicaba con anterioridad y que propiamente no le exigirá un modo de pensar y una actividad diferente de la desarrollada con anterioridad”.²⁸

Ahora bien, estas diferencias sociales y las correspondientes sensibilidades derivadas de la tradición del ‘civil law’ y del ‘common law’ se van difuminando y van convergiendo en los jueces europeos apreciándose unos nuevos modelos judiciales en continua evolución y que están representados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; el de Luxemburgo como heredero directo de la tradición jurídica romano-germánica -tal como se deduce del establecimiento de las Comunidades Europeas en los años 50 con una impronta francesa particularmente relevante a través de uno de los redactores del Tratado de la CECA, el profesor P. Reuter-, y el de Estrasburgo más influido por la cultura jurídica anglosajona - en la medida en que el Reino Unido participó desde el principio en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, a diferencia del Mercado común y de sus instituciones hasta su posterior adhesión en 1973. En todo caso, la transformación apunta hacia la consecución de una lenguaje transparente, que se ajuste a las exigencias del principio democrático y a los requerimientos de una argumentación judicial que, en definitiva, legitime el ejercicio del poder judicial. El resultado se ha manifestado en un fecundo diálogo ente los jueces, no exento de tensiones y polémicas, que paulatinamente va configurando un embrionario poder judicial europeo o, si se quiere, un espacio judicial europeo abierto al debate y a la controversia.

La fuerza expansiva de la democracia también ha dejado sentir sus efectos en el poder de los jueces y, por influjo de éstos, en los demás poderes del Estado.²⁹ Ahora

²⁸ N.D. MACCORMICK, “The Motivation of Judgments in the Common Law”, en *La motivation des décisions de justice*, Bruselas, Bruylant, 1978, p. 168-169.

²⁹ A. DE TOCQUEVILLE, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, 1856, trad. [A. HERMOSA ANDUJAR, Madrid, Istmo, 2004], p. 171, recordaba, no obstante, que en la Francia pre-revolucionaria “la propia administración había tomado mucho en préstamo del lenguaje y de los usos de la justicia. El rey se sentía siempre obligado a motivar sus edictos y a exponer sus razones antes de concluir; el consejo emanaba decretos precedidos de largos preámbulos; el intendente notificaba sus ordenanzas por medio de

bien, tradicionalmente se tiende a pensar que el lenguaje judicial, más que aclarar, pretende oscurecer las razones que motivan la decisión judicial; sin embargo, los valores democráticos, de desvelamiento de los poderes que pertenecen al pueblo, de los *arcana imperii*, exigen que se aclare el ejercicio del poder, imponen al poder que se ejerza de la manera más transparente posible.³⁰

De este modo, la primera exigencia que se le plantea al juez, a quien ejerce el poder judicial, es que se entienda lo que dice y, ya en segundo lugar, se le demanda que explique la razón de ser de las decisiones judiciales, pues en nuestra época, también es necesario que se acepten los mandatos y se requiere, por tanto, que se argumente por qué la decisión se adopta en un sentido determinado. Al respecto puede sostenerse como un signo de nuestro tiempo, tal como indican Viola y Zaccaria, que “el Derecho es una tarea que consiste en inocular razonabilidad al ejercicio de la autoridad”.³¹

En efecto, referirse al poder de persuasión del juez, tiene una evidente carga valorativa de lo que son los poderes del juez y de lo que supone su función en la sociedad actual.³² Es un lugar común considerar que la motivación de las sentencias constituye un avance conquistado por los revolucionarios del siglo XVIII frente al poder absoluto del *ancien régime*; precisamente como manifestación más elocuente de esta tradición puede recordarse el consejo del comentarista medieval: ‘*si cautus sit iudex, nullam causam exprimet*’, es decir, si el juez es prudente se abstendrá de ofrecer razones.³³ En la tradición jurídica anglosajona ningún texto legal imponía de modo

un ujier. En el seno de todos los cuerpos administrativos de origen antiguo -como, por ejemplo, el de los tesoreros de Francia o el de los elegidos-, los asuntos se discutían públicamente, decidiéndose después de los alegatos. Todos esos hábitos, todas esas formas constituían otras tantas barreras al arbitrio del príncipe”.

³⁰ L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, 1918, trad. [Madrid, Alianza, 1993], formuló una proposición 4.116 cuya aplicación al pie de la letra haría mucho bien al lenguaje judicial: “Cuanto puede siquiera ser pensado, puede ser pensado claramente. Cuanto puede expresarse, puede expresarse claramente”.

³¹ F. VIOLA y G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, Laterza, 2000, p. 74.

³² Respecto de sociedades autoritarias, como podían ser las monarquías absolutas del siglo XVIII, H.G. GADAMER, *Verdad y método: Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 5a ed., Salamanca, Sígueme, 1993, Vol. I, p. 401, apuntaba: “Para la posibilidad de una hermenéutica jurídica es esencial que la ley vincule por igual a todos los miembros de la comunidad jurídica. Cuando no es éste el caso, como ocurría, por ejemplo, en el absolutismo, donde la voluntad del señor absoluto estaba por encima de la ley, ya no es posible hermenéutica alguna, ‘pues un señor superior puede explicar sus propias palabras incluso en contra de las reglas de la interpretación usual’”.

³³ P. GODDING, “Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du 18^e siècle”, en *La motivation des décisions de justice*, Bruselas, Bruylant, 1978, p. 48.

general al juez inglés la obligación de motivar sus decisiones; al ser un oficial del Rey, no podía exigírsele rendir cuentas y dar razones de sus decisiones, sino que esta obligación de motivar las sentencias hubo de fundarse en una antigua jurisprudencia que se remonta a principios del siglo XVIII.³⁴

La estructura interna del razonamiento que emplean los jueces a la hora de adoptar sus decisiones depende en gran medida de la concepción del Derecho que se tenga y de su propio ámbito jurídico cultural.

Por una parte, el alcance de la argumentación varía sustancialmente según la perspectiva con la que se conciba el poder del juez: bien como un poder vinculado a la razón bien como un poder que deriva de la voluntad. Cuando la decisión judicial se considera como resultado de decir el Derecho, de la *'iurisdictio'*, la argumentación judicial tendría una función secundaria y consistiría, simplemente, en hacer inteligible el razonamiento judicial llevado a cabo y que desemboca ineluctablemente en la decisión judicial adoptada, tal como parece deducirse de la técnica de la subsunción, de tanto predicamento en la Europa continental y hasta hace bien poco y a la que responde la peculiar forma de expresarse de los tribunales franceses.³⁵ En cambio, cuando se entiende que la función del juez consiste en un poder de decisión fundado en la voluntad del poder, la argumentación cobra un protagonismo inusitado en la medida en que el juez debe explicar por qué elige una u otra de las distintas alternativas que se le ofrecen en la aplicación del Derecho y que no es por capricho sino atendiendo a razones que expresa el juez y que conducen a la imposición de su voluntad. Obviamente, la realidad jurídica no es tan simple y toda decisión judicial exige la conformidad a Derecho lo que requiere una combinación de la razón y de la voluntad en la decisión judicial.

³⁴ J. SPREUTELS, "La motivation des sentences pénales en Angleterre", en *La motivation des décisions de justice*, Bruselas, Bruylant, 1978, p. 196.

³⁵ J. JIMÉNEZ CAMPO, "Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley [en] España", en E. AJA, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 178, es exponente de una concepción muy arraigada que expresa así: "Las argumentaciones jurisdiccionales son, y esto es del mayor relieve, decisorias, no suasorias. Su valor está, dicho de otro modo, no en su positiva eficacia de convicción o, más modestamente, de persuasión, sino en su objetividad, esto es, en su ajenidad a cualesquiera estimaciones que requiera, o que pretendan, una comunidad de 'creencias' ('doctrinas generales' en el sentido de J. Rawls) o de apreciaciones de oportunidad entre quien argumenta y los destinatarios de la argumentación. No son pocos, por cierto, los destinatarios de la argumentación de un tribunal (las partes, la doctrina, la opinión pública), pero, con independencia de ello, el valor (legitimidad o aceptabilidad) del razonamiento jurisdiccional ha de ser, en sentido estricto, de carácter negativo: se acredita por todo aquello de lo que prescinde y relega al mundo de lo opinable".

Del mismo modo y por lo que se refiere al efecto que las distintas concepciones jurídicas tienen en el modo de argumentar, puede considerarse, por ejemplo, que en clave *iuspositivista* la aplicación del Derecho no sería más que una inferencia lógica, la manera de expresarse del juez no requerirá más que una explicación de los elementos utilizados en la aplicación automática del Derecho; en cambio, si la concepción que se mantiene admite como jurídicamente posibles varias soluciones, la argumentación cobra una extraordinaria dimensión en la medida en que se recurre a la misma con el fin de mostrar que la decisión alcanzada responde a la mejor de las soluciones posibles.

También podríamos tener en cuenta la tradición jurídica que se manifiesta en la selección de los jueces y que, como es obvio, influye decisivamente en la manera de razonar, de argumentar y de decidir de los jueces. Así, el razonamiento judicial anglosajón se comprende mejor si se tiene en cuenta que corresponde a jueces que por lo general previamente habían desarrollado la abogacía; mientras que en el ámbito cultural continental europeo los jueces se reclutan habitualmente como el resto de los funcionarios entre jóvenes licenciados y sólo después de una carrera profesional alcanzan los más altos grados de la judicatura, circunstancia que propicia de manera decisiva en el lenguaje más tecnocrático.

Los anteriores factores influyen, finalmente, en la interpretación que lleve a cabo cada juez, que debe elegir, entre los distintos métodos de interpretación jurídica, el que mejor se ajuste a su decisión. Ahora bien, como ya advirtió A. Ross, “toda interpretación que rebase [e]l principio lógico-gramatical es creación de derecho”.³⁶ Pero también Jean Hauser ha recordado y probado con ejemplos una dolorosa obviedad para cualquier jurista: “Tan sólo con las palabras de la ley se puede hacer mucho, tanto en el siglo XIX como en el siglo XX o incluso, con las mismas palabras, se puede sostener en el siglo XX lo contrario de lo que se sostenía en el siglo XIX!”.³⁷

Los modelos judiciales de cada sistema jurídico corroboran estas conclusiones. Así, por ejemplo, M. Lasser ha realizado un examen comparativo entre tres tribunales

³⁶ A. ROSS, *Teoría de las fuentes del derecho: Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, 1926, trad. [J.L. MUÑOZ DE BAENA, A. DE PRADA y P. LÓPEZ, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999], p. 406.

³⁷ J. HAUSER, “Le juge et la loi”, *Pouvoirs*, 2005, No 114, pp. 141-142.

que son exponentes significativos de tres modos distintos de expresarse y de argumentar: el modelo de la *Cour de cassation* francesa es institucional, el Tribunal Supremo norteamericano realiza un enfoque argumentativo y el Tribunal de Justicia comunitario adopta una perspectiva institucional y argumentativa.³⁸ Para llegar a esta conclusión analiza los modos de interpretar de los tres Tribunales, su composición y el origen de sus jueces (en el caso francés provienen del cuerpo elitista de magistrados; en el norteamericano lo más frecuente es haber ejercido las más distintas profesiones como la abogacía, la función pública o la enseñanza).³⁹ También Lasser examina el modo de expresarse (para un jurista norteamericano es sorprendente que una decisión de la *Cour de cassation* pueda caber mecanografiada en una sola página; mientras que el Tribunal Supremo norteamericano presenta sus sentencias de una manera extremadamente detallada); y, del mismo modo, es relevante que el debate solamente sea interno (en el caso europeo) o que se haga público en los votos particulares (en el Tribunal Supremo americano con facilidad se identifica la opinión de cada juez que con frecuencia la expone en un voto particular concurrente o disidente respecto de la decisión de la mayoría); lo que, en definitiva, genera distintos tipos de responsabilidad: institucional en el caso europeo e individual en la práctica norteamericana. En suma, “la clave del control y de la legitimidad del sistema judicial norteamericano radica en una justificación interpretativa hecha pública y en términos discursivos, mientras que [en el caso francés] la justificación republicana se lleva a cabo a través de medios institucionales, profesionales y educativos”. Por lo que se refiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, M. Lasser pone de manifiesto la función de la intervención del Abogado General, que, aun siendo miembro del Tribunal comunitario, expone de manera independiente e imparcial sus Conclusiones antes de que se pronuncie el Tribunal de Justicia que adopta su sentencia mediante votación secreta y sin que puedan formularse votos particulares.⁴⁰

³⁸ **M. LASSER**, *Anticipating Three Models of Judicial Control, Debate and Legitimacy: The European Court of Justice, the Cour de cassation and the United States Supreme Court*, New York, New York School of Law, Jean Monnet Working Papers, 2003, No 1/03, p. 31.

³⁹ **J.F. WEBER**, *La Cour de cassation*, París, Études de la documentation française, 2006, p. 153.

⁴⁰ El abogado general cumple también una función pedagógica lo que se manifiesta en la costumbre de aportar en sus Conclusiones un gran número de opiniones doctrinales con profusión de notas al pie y a partir de las cuales expone su propia propuesta; debe advertirse, no obstante, sobre el riesgo de que este prurito doctrinal de los abogados generales les aboque a un análisis más profesoral y los desvíe de la solución judicial.

Refiriéndose a la diferencia entre los tribunales europeos, en este caso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y americanos, J.H.H. Weiler ha subrayado la “relación especial y de dependencia” entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales y ha propuesto, “en lo que se refiere a la arquitectura”, “que el modelo debería ser menos angloamericano y más continental, pero en lo que se refiere al estilo de las sentencias, creo que el Tribunal debería abandonar el estilo crítico y cartesiano que sigue caracterizando a muchas de sus resoluciones y adoptar el estilo más discursivo, analítico y conversacional que se asocia más con el mundo del *common law* (aunque otros también lo practiquen, como, por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán)”.⁴¹

Así pues, las divergencias en la cultura jurídica pueden resultar un obstáculo extraordinariamente importante para el funcionamiento de los tribunales hasta el punto de que, en la opinión formulada por el juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos G. Fitzmaurice, al referirse a las dificultades para interpretar el Convenio Europeo, resulta determinante el marco cultural y político:

“Cada una de las partes podría ser capaz, en el interior de su propio sistema de referencias, de presentar una tesis coherente y válida; sin embargo, en la medida en que estos sistemas se diferencian entre sí, ninguna de las dos tesis puede imponerse a la otra. No habrá solución al problema a no ser que se pueda determinar, primero, cuál es el sistema de referencias exacto o, más bien, aceptable; aunque como la aceptabilidad es una cuestión de enfoque, de sentimiento, de actitud o incluso de política, más que de argumentación jurídica o lógica exacta, tampoco a partir de esta base podrá llegarse a una solución”.⁴²

Por esa razón, en Europa se produce una convergencia de modelos y se procura encontrar un equilibrio entre la tradición y la perspectiva continental europea y el enfoque y las soluciones prácticas anglosajonas, evitando extremos como los sintéticos oráculos de los tribunales franceses y la sobreabundancia argumentativa de otros tribunales europeos. Convergencia que se aprecia y es progresiva entre los modos de actuar y de razonar del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el modelo más flexible del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁴¹ J.H.H. WEILER, “La arquitectura judicial después de Niza”, en *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Colegio Libre de Eméritos y Civitas, 2002, p. 480.

⁴² E.C.H.R., *Golder c. Reino Unido*, 21 febrero 1975, voto particular, § 23.

IV. El cosmopolitismo judicial y los contextos deliberativos comunicantes en Europa y en el mundo

En Europa la intervención al unísono de los jueces nacionales, de los jueces comunitarios europeos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha supuesto en las cinco últimas décadas la apertura de un intenso diálogo entre los jueces.⁴³ En una sociedad de la globalización este diálogo judicial tendría que ser más intenso en el sentido que, por ejemplo, ha apuntado G. Zagrebelsky: “Cuando los bienes constitucionales se hacen interdependientes e indivisibles, es natural que la justicia constitucional de cualquier nivel aspire a integrarse -si bien no en una forma institucional supranacional cosmopolita, lo que no está a la vista ni quizás lo esté jamás- al menos en contextos deliberativos comunicantes. Tarde o temprano la interacción no podrá impedir una cierta convergencia de resultados”.⁴⁴ Sin embargo, mientras que en Europa el diálogo en el espacio judicial aumenta, en la sociedad internacional no deja de ponerse trabas.

Por lo que a Europa se refiere y prácticamente por las mismas razones por las que aumenta el poder del juez en su condición de juez constitucional, el proceso de constitucionalización ha convertido el diálogo de los jueces en un ‘diálogo de alcance constitucional’. En todos los niveles de la jurisdicción -el nacional, el supranacional y el de los derechos humanos- se produce un diálogo, no exento de verdaderas batallas entre los jueces dentro de cada nivel y, obviamente, entre los distintos niveles jurisdiccionales. De este modo se pone en evidencia, por si alguien lo dudaba, que el judicial es un poder efectivo en nuestra sociedad y no hay poder al que abierta o veladamente no le incomode cualquier control, cualquier interferencia de otro poder.⁴⁵

En el ámbito interno, el diálogo judicial en los Estados europeos se ha conducido fundamentalmente entre los Tribunales ordinarios y los nuevos Tribunales constitucionales. De hecho, este diálogo ha supuesto, aun cuando sea de manera

⁴³ **D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO**, *Poder judicial e integración europea: La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Navarra, Thomson-Civitas, 2004, p. 331.

⁴⁴ **G. ZAGREBELSKY**, “Corti costituzionali e diritti universali”, *o.c.*, pp. 297-311.

⁴⁵ Como ya advirtió en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos el juez Jackson en su conocido voto concurrente: “*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*”. **TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS**, *Brown v. Allen*, 1953, 344 U.S. 443, 540.

encubierta, verdaderas batallas campales en las que se utilizan argumentos pseudo-jurídicos y se apela siempre a una política bien determinada. En Italia después de la Segunda Guerra Mundial, la ‘*guerra fra Corti*’, pero también en España la lucha entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo tratando de imponerse uno a otro o, al menos, de conservar ámbitos inmunes a la intervención del otro, son reveladoras del alcance de este diálogo o de esta lucha por imponerse, hasta el punto de que el Tribunal Constitucional español ha conseguido en 2007 que, al menos formalmente, el legislador blindase la supremacía del Tribunal Constitucional mediante una reforma de su Ley orgánica.⁴⁶

Asimismo, la influencia del Derecho europeo en los Derechos nacionales se va a notar de un modo particularmente intenso en la argumentación judicial al existir y al contar con nuevos referentes judiciales que podrían considerarse al mismo nivel o incluso por encima del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. En efecto, el más importante y fructífero diálogo se ha producido entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales, especialmente de Alemania e Italia, desde mediados de los años 70.⁴⁷ Este diálogo se entabló precisamente en materia de protección de los derechos fundamentales y desde ese momento el Tribunal de Justicia -al decir de algunos con el solo fin de defender la primacía del Derecho comunitario europeo- ha elaborado una jurisprudencia respetuosa con los derechos fundamentales e inspirada, por una parte, en las tradiciones constitucionales nacionales, y, por otra parte, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en su interpretación por el Tribunal de Estrasburgo.⁴⁸ Ya más recientemente se aprecia un diálogo entre los Tribunales de

⁴⁶ **Ley Orgánica No 6/2007**, 24 mayo, por la que se modifica la **Ley Orgánica No 2/1979**, 3 octubre, del Tribunal Constitucional español, *BOE*, 25 mayo 2007, No 125 introduce un nuevo artículo 4.2 conforme al cual y por si no estuviese ya claro: “Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado”. Esta reforma legislativa se produce después de esperpénticas batallas libradas en España entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional llegando aquél a declarar la responsabilidad civil de todos los magistrados del Tribunal Constitucional, menos uno, por haber rechazado por providencia inmotivada un recurso de amparo formulado contra una sentencia del Tribunal Supremo relativa al modo de designación de los letrados del Tribunal Constitucional, y condenando a los 11 magistrados constitucionales al pago de 500 euros cada uno. **TS (Sala 1a)**, *Sierra Gil de la Cuesta*, 23 enero 2004, No 51/2004.

⁴⁷ Véase un examen más detallado en el estudio de **J. BAQUERO CRUZ**, *The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement*, Florencia, European University Institute, RSCAS Working Papers, 2007, No 13.

⁴⁸ **P. MENGZZI**, en su calidad de Abogado General del Tribunal de Justicia, en su Conclusiones, 26 octubre 2006, *Gestoras Pro Amnistía y Segi/Consejo* [C-354/04 P y C-355/04 P, apartado 180], apuntó “lo infundada que resulta la sospecha, planteada en ocasiones, de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al respeto de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario no se inspira tanto en una preocupación genuina por la tutela de estos derechos, sino más

Luxemburgo y de Estrasburgo que resultaba facilitado por las previsiones del Tratado constitucional europeo de 29 de octubre de 2004 donde su artículo I-9.2 preveía: “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución”. No obstante, esta misma cláusula parece que se mantendrá una vez que concluyan los trabajos de la Conferencia Intergubernamental del otoño de 2007.⁴⁹

Por el momento el diálogo no ha tenido crisis significativas, aunque se anuncia progresivamente un incremento del control del Tribunal Europeo sobre el Tribunal de Justicia. En efecto, así se aprecia en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 18 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido* (recurso No 24833/1994) y de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda* (recurso No 45036/1998). En esta última sentencia el Tribunal de Estrasburgo ha establecido un criterio jurisprudencial conforme al cual:

“la protección de los derechos fundamentales que ofrece el Derecho comunitario es y era en el momento en que se produjeron los hechos ‘equivalente’ -en el sentido del anterior párrafo 155- a la que resulta asegurada por el mecanismo del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por tanto, se puede presumir que Irlanda no ha vulnerado las obligaciones que le incumben en virtud del Convenio en la medida en que ha observado las obligaciones que derivan de su pertenencia a la Comunidad Europea - como se señala en el anterior párrafo 156”.⁵⁰

bien en la necesidad de salvaguardar la primacía del Derecho comunitario y del juez comunitario sobre el Derecho y los órganos de los Estados miembros”.

⁴⁹ De acuerdo con las Conclusiones de la Presidencia alemana del Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007, en el Proyecto de mandato de la Conferencia Intergubernamental (CIG), contenido en el Anexo I, se adoptará un nuevo artículo 6 del Tratado de la Unión Europea conforme al cual: “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada en [la CIG que adoptó el Tratado constitucional de 2004], que tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios de la Carta se interpretarán de acuerdo con las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones. 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

⁵⁰ E.C.H.R., *Bosphorus c. Irlanda*, 31 julio 2005, §§ 154-156 y 165.

Por su parte el Tribunal de Justicia ha actuado como ‘juez de los derechos fundamentales’ aplicando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo como presupuesto de la aplicación del propio Derecho comunitario e interpretando el Derecho comunitario de conformidad con los derechos fundamentales.

Por lo que se refiere al Convenio Europeo como presupuesto para la aplicación del Derecho comunitario, es muy significativa la sentencia de 7 de enero de 2004, *K. B.*, donde el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que “el artículo 141 CE se opone, en principio, a una legislación contraria al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que impide que una pareja como K.B. y R cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro”.⁵¹ De este modo el Tribunal comunitario asume como propio el acervo convencional de protección de los derechos humanos procedente de Estrasburgo.

Y en cuanto a la interpretación del Derecho comunitario de conformidad con los derechos humanos de modo acorde con la interpretación ofrecida por el Tribunal Europeo, en la sentencia de 12 de septiembre de 2006 el Tribunal de Justicia desestima un recurso por incumplimiento presentado por España contra el Reino Unido en relación con el nuevo régimen de las elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar que se adoptó precisamente en cumplimiento de la sentencia *Matthews* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este procedimiento por incumplimiento tanto la Comisión Europea como el Gobierno británico sostuvieron en Luxemburgo que la conformidad de la nueva regulación británica con el Derecho comunitario debía examinarse “en la medida de lo posible a la luz de los derechos fundamentales” (apartado 86), por lo que el Tribunal de Justicia terminó considerando:

“Habida cuenta de esta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y de la circunstancia de que dicho órgano jurisdiccional declaró contraria al artículo 3 del Protocolo No 1 al CEDH la no celebración de elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar, porque privó ‘a la demandante, en su condición de residente en Gibraltar’, de cualquier posibilidad de expresar su opinión sobre la elección de los miembros del Parlamento Europeo, no puede reprocharse al Reino Unido que adoptase la normativa necesaria para la organización de tales elecciones en

⁵¹ **T.J.C.E.**, Caso C-117/01, *K.B.*, 7 enero 2004, *Colectânea*, 2004, I, p. 541, fallo y apartado 34.

condiciones equivalentes, *mutatis mutandis*, a las previstas por la normativa aplicable en el Reino Unido”.⁵²

Debe notarse que el Tribunal de Justicia se separa de la propuesta del Abogado General A. Tizzano que en sus conclusiones consideró: “el hecho de introducir tales excepciones sólo puede admitirse en la medida en que lo exija una norma superior, como, precisamente, la excepción destinada a proteger un derecho fundamental. Sin embargo, en el caso que nos ocupa ahora no estamos ante un derecho de este tipo”.⁵³ Por esa razón la sentencia del Tribunal de Justicia cobra mayor importancia al adoptar, a diferencia del Abogado General, una perspectiva más preocupada por los derechos de las personas que por mantener el tradicional enfoque de las relaciones internacionales donde la ‘soberanía de los Estados’ resulta un principio que, a pesar de todo, sigue bien arraigado.

Como resulta obvio, este diálogo entre tribunales no se limita al vértice de los distintos sistemas judiciales sino que permite un diálogo cruzado y concurrente de todos los jueces europeos. Por eso cada vez es más frecuente que los tribunales inferiores impugnen abiertamente la doctrina de los tribunales de apelación o de casación invocando o acudiendo, por ejemplo mediante el reenvío prejudicial, al Tribunal de Luxemburgo;⁵⁴ o prestando, simplemente, más atención a las doctrinas de unos tribunales en detrimento de la de otros.⁵⁵

Ahora bien, fuera de Europa y en un sedicente ámbito judicial universal, se aprecian fuertes tensiones e importantes intentos de oposición expresa a este fenómeno de cosmopolitismo judicial. Aun cuando el proceso de mundialización requiere, por una parte, una mayor atención de los jueces al Derecho comparado,⁵⁶ y a pesar de que se ha

⁵² **T.J.C.E.**, Caso C-145/04, *España c. Reino Unido*, 12 de septiembre de 2006, *Colectânea*, 2006, I, p. 7917.

⁵³ **T.J.C.E.**, Caso C-145/04, *España c. Reino Unido*, conclusiones del Abogado General A. Tizzano, 6 abril 2006; **T.J.C.E.**, Caso C-300/04, *Eman y Sevinger*, apartado 129, *Colectânea*, I, p. 7917.

⁵⁴ Así resulta, por ejemplo, de las cuestiones prejudiciales de jueces españoles resueltas en las sentencias del **T.J.C.E.**, Caso C-342/01, *Merino Gómez*, 18 marzo 2004, *Colectânea*, 2004, I, p. 2605, apartados 22-23; **T.J.C.E.**, Caso C-81/05, *Cordero Alonso*, 7 septiembre 2006, *Colectânea*, 2006, I, p. 7569, apartado 41.

⁵⁵ **A. GUAZZAROTTI**, “La CEDU e l’ordinamento nazionale: Tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche”, *Quaderni costituzionali*, 2006, pp. 494-495, ha comprobado la presión a la que se ha sometido la *Corte costituzionale* en lo que se refiere a la tutela de los derechos humanos tanto por el Tribunal de Luxemburgo como, en especial, por el Tribunal de Estrasburgo.

⁵⁶ **A. BARAK**, “L’exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge: Le rôle de la Cour suprême

producido una ‘globalización de los derechos’ a través de intentos más o menos logrados que han seguido el modelo europeo de protección jurisdiccional de los derechos humanos,⁵⁷ lo cierto es que este cosmopolitismo judicial se ve obstaculizado de manera importante por los impulsores de un ‘provincianismo judicial’ y ante la falta de evolución o de soluciones ‘jurisdiccionales’ para la sociedad internacional.

El ejemplo más significativo del provincianismo judicial lo constituye el intento de aprobación por el Congreso de los Estados Unidos la *Constitution Restoration Act* con la que se pretendía impedir que el Tribunal Supremo y los jueces federales estadounidenses invocasen la legislación o la jurisprudencia del Derecho comparado o de una organización internacional. La ‘*Constitution Restoration Act*’ propuesta en 2004 y reiterada en 2005 por algunos congresistas norteamericanos y que, afortunadamente, no ha sido aprobada, contenía, en particular, una disposición conforme a la cual: “Al interpretar y aplicar la Constitución de los Estados Unidos, un tribunal de los Estados Unidos no puede fundarse en ninguna constitución, ley, regulación administrativa, orden ejecutiva, directiva, política, decisión judicial, o cualquier otra acción de ningún Estado extranjero u organización o agencia internacionales, que no sea del Derecho común y constitucional inglés vigente hasta el momento de la adopción de la Constitución de los Estados Unidos”.⁵⁸ Lo más grave de esta propuesta política, que no dejaría de ser un disparate jurídico, es que el incumplimiento de esta prohibición daría lugar, según la *Constitution Restoration Act*, a una infracción por la que el juez -se entiende que cualquier juez, incluidos los jueces del Tribunal Supremo- podría ser destituido al suponer la violación de esta ley un incumplimiento de las exigencias de buena conducta judicial.⁵⁹

dans une démocratie”, *Revue française de Droit constitutionnel*, 2006, p. 301, manifiesta: “Estoy convencido de que con la mundialización, el Derecho comparado representará un papel cada vez más importante”.

⁵⁷ **J. GARCÍA ROCA**, “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2005, No 6, pp. 37-82.

⁵⁸ El tenor de la propuesta legislativa norteamericana de 2005 era el siguiente: “In interpreting and applying the Constitution of the United States, a court of the United States may not rely upon any constitution, law, administrative rule, Executive order, directive, policy, judicial decision, or any other action of any foreign state or international organization or agency, other than English constitutional and common law up to the time of the adoption of the Constitution of the United States”.

⁵⁹ En el ámbito jurídico anglosajón se aprecia una cierta regresión en materia de protección internacional de los derechos humanos tal como se manifiesta en el estudio de **M.A. WATERS**, “Creeping Monism: The Judicial Trend toward Interpretive Incorporation for Human Rights Treaties”, *Columbia Law Review*, 2007, pp. 628-705, al aconsejar que los tribunales nacionales sean cautos al adoptar técnicas de interpretación más monistas, procurando anclar el uso que hagan de las fuentes internacionales en un

Pero también los límites al cosmopolitismo judicial radican en la falta de órganos judiciales internacionales que desborden los ámbitos regionales internacionales, por ejemplo el europeo o el interamericano, y se constituyan en ‘justicia universal’. En efecto, ni el Tribunal Internacional de Justicia se ha erigido en verdadero juez universal al estar mediatizado en su función por los Estados; y, en cierta medida, lo mismo se puede decir de los Tribunales especializados de las Naciones Unidas, en particular el Tribunal Penal Internacional o los Tribunales Internacionales para la ex-Yugoslavia, para Ruanda, etc.

Por cuanto se refiere al Tribunal Internacional de Justicia, sigue limitado en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales debido en gran medida a la legitimación procesal y sustantiva de los Estados ante el Tribunal de La Haya. De modo que sólo muy tímidamente y a través de construcciones poco claras -desde una perspectiva judicial interna más desarrollada y sensible-, como las normas de *ius cogens*, la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia apenas tiene efectos en la doctrina sobre la protección judicial de los derechos humanos.⁶⁰

Únicamente en supuestos como el de su dictamen, de 9 de julio de 2004, sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, el Tribunal de La Haya explica:

“En resumen, la Corte opina que la construcción del muro y su régimen conexo obstaculizan la libertad de circulación de los habitantes del territorio palestino ocupado (con la excepción de los ciudadanos israelíes y las personas asimiladas), garantizada en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También obstaculizan el ejercicio, por parte de las personas afectadas, del derecho al trabajo, la salud, la educación y un nivel de vida

firme compromiso de considerar, antes de nada y sobre todo, su función en cuanto actores internos [p. 695] y evitar que por la puerta judicial de atrás [‘judicial back door’] entren normas internacionales sobre derechos humanos que no han logrado ingresar por la puerta legislativa principal [‘legislative front door’] [pp. 697-698]. Y ya en el constitucionalismo estadounidense las discusiones en los últimos cuatro años han sido de un alcance extraordinario que se han agudizado incluso en el seno del **Tribunal Supremo**, *Roper v. Simmons*, 2005, 543 U.S. 551; véanse, por ejemplo, los estudios de de **C.A. BRADLEY**, “The Federal Judicial Power and the International Legal Order”, *The Supreme Court Review*, 2006, No 3, pp. 59-113; **D. C. GRAY**, “Why Justice Scalia Should Be a Constitutional Comparativist [...]”, *Stanford Law Review*, 2007, pp. 1249-1279; **L. HELFER** y **A. M. SLAUGHTER**, “Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo”, *California Law Review*, 2005, pp. 1-58; **E.A. POSNER** y **C.R. SUNSTEIN**, “The Law of Other States”, *Stanford Law Review*, 2006, pp. 131-179.

⁶⁰ **C. VILLAN DURAN**, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 507-508.

adecuado, proclamados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Por último, la construcción del muro y su régimen conexo, al contribuir a los cambios demográficos a que se hace referencia en los párrafos 122 y 133 *supra*, contravienen lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 49 del Cuarto Convenio de Ginebra y las resoluciones del Consejo de Seguridad mencionadas en el párrafo 120 *supra*”.⁶¹

Y también de manera indirecta, el Tribunal Internacional de Justicia, al referirse al ejercicio por los Estados de la defensa de los derechos humanos de los que son titulares, obviamente, las personas, sus nacionales afectados, ha podido tratar cuestiones de los ciudadanos. Así resulta de la sentencia de 27 de junio de 2001, en el asunto *Lagrand*, que enfrentaba a Alemania contra Estados Unidos, donde la Corte de la Haya consideró que el artículo 36.1.b) del Convenio de Viena sobre relaciones consulares establece las obligaciones del Estado de residencia y del Estado de origen respecto de una persona que ha sido detenida y, en particular, la obligación de que, a instancias de la persona detenida, el Estado de residencia informe ‘sin demora’ al Estado de origen sobre la detención de la persona en cuestión.⁶² Y aplicando esta misma doctrina el Tribunal Internacional de Justicia adoptó la sentencia de 31 de marzo de 2004, en el asunto *Avena y otros nacionales mexicanos*, que enfrentaba a México con los Estados Unidos y en virtud de la cual el Tribunal de La Haya declaró que los Estados Unidos habían incumplido la obligación del artículo 36.b) de la Convención de Viena, de informar de sus derechos a los nacionales mexicanos detenidos.⁶³

⁶¹ I.C.J., *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, dictamen, 9 julio 2004, *Rec.*, 2004, p. 136, § 134.

⁶² I.C.J., *Lagrand [Alemania v. Estados Unidos]*, sentencia, 27 junio 2001, *Rec.*, 2001, p. 466, § 77.

⁶³ I.C.J., *Avena [México v. Estados Unidos]*, sentencia, 31 marzo 2004, *Rec.*, 2004, p. 12, § 106; previamente, en el asunto relativo a las medidas provisionales solicitadas por Paraguay con el fin de que se suspendiese la ejecución de la pena de muerte dictada contra un nacional paraguayo, Ángel Francisco Breard, por los tribunales de Virginia, la representación procesal norteamericana, tal como constató el I.C.J., *Convención de Viena sobre las relaciones consulares, medidas provisionales [Paraguay v. Estados Unidos de América]*, 9 de abril de 1998, *Rec.*, 1998, p. 248; alegó: “que la adopción de las medidas cautelares solicitadas por Paraguay sería contraria a los intereses de los Estados parte en la Convención de Viena, a los de la comunidad internacional en su conjunto, así como también a los del Tribunal, y tendría por efecto alterar los sistemas de justicia penal de los Estados parte en la Convención, teniendo en cuenta el riesgo de multiplicación de los recursos; también han precisado a estos efectos que los Estados tienen un interés imperioso de sustraerse a cualquier intervención judicial exterior que entorpezca la ejecución de una decisión judicial adoptada de acuerdo con los procedimientos regulares que responden a los criterios pertinentes en materia de derechos humanos” [§ 22]. Pues bien y a pesar del orden judicial de suspensión los tribunales estadounidenses lo desatendieron y en Virginia se ejecutó la pena de muerte el 14 de abril de 1998, por lo que finalmente Paraguay desistió del procedimiento contencioso, aceptando las meras excusas diplomáticas de los Estados Unidos.

Ahora bien y frente a una pretendida universalidad de los derechos humanos en el seno de las Naciones Unidas, debe constatarse cómo los Estados Unidos de América son reticentes y, simplemente, no se vinculan a determinados tratados internacionales; de hecho, existe una negativa e incluso una militante oposición del Gobierno estadounidense a ser parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en virtud del Convenio de Roma de 17 de julio de 1998.⁶⁴ Asimismo, los Tribunales especializados, que podrán establecer doctrinas bien precisas sobre el ejercicio de sus derechos por los ciudadanos, tienen reducido su ámbito jurisdiccional a los crímenes internacionales. En fin, tal como hemos señalado para el ámbito europeo, los jueces necesitan una masa crítica de casos para hacer cosas. En este sentido resulta muy reveladora la comparación entre la situación del Tribunal Europeo o del Tribunal de Justicia, con una desbordante masa crítica de asuntos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la que sólo paulatinamente se presentan nuevas demandas; en este sentido y en el período de funcionamiento de la Corte Interamericana, de 1979 a 2006, ha dictado 162 sentencias y ha emitido 19 opiniones consultivas; en la vía contenciosa las sentencias referidas sólo resuelven 85 asuntos.⁶⁵ Y lo mismo se puede decir, *mutatis mutandis*, del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya donde en 60 años de funcionamiento sólo ha registrado 136 asuntos.⁶⁶

V. Conclusión

Como ha ocurrido en los últimos dos siglos y de manera especial en la segunda mitad del XX, los nuevos tiempos de la globalización están suponiendo un paulatino e imparable aumento del poder de los jueces, de un poder que puede caracterizarse como ‘constitucional’; pero a cambio de este poder el juez tiene que ser más claro y transparente en su lenguaje y debe intentar argumentar cuáles son las razones de sus

⁶⁴ Hasta la firma del Estatuto de Roma hubo esperanza de que, con adaptaciones, los Estados Unidos terminasen siendo parte del tratado; sin embargo, la dulcificación del sistema judicial internacional en este ámbito no ha tenido por el momento efectos; véase el examen de las negociaciones en el estudio coordinado por **K. AMBOS**, *La nueva justicia penal supranacional: Desarrollos post-Roma*, Valencia, Tirant lo blanch, 2002.

⁶⁵ **C.I.A.D.H.**, *Informe anual de 2006*, <http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm>.

⁶⁶ De acuerdo con los datos del propio Tribunal Internacional de Justicia, entre el 22 de mayo de 1947 y el 2 de junio de 2007 se habían registrado 136 asuntos, de los cuales 112 fueron procedimientos contenciosos y 24 consultivos: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3>; en el caso del Tribunal Permanente de Justicia Internacional y en el período comprendido entre 1922 y 1940 conoció de 29 procedimientos contenciosos y emitió 27 dictámenes consultivos.

decisiones judiciales en un diálogo permanente con todos los tribunales; diálogo al que ha contribuido de modo decisivo la creación de tribunales supranacionales que, junto con los jueces nacionales, deciden en ámbitos compartidos. Por esa razón, en Europa el juez constitucional, el juez supranacional y el juez de los derechos humanos no dejan de ser expresiones de una misma realidad jurídica en la que se han establecido distintos niveles o ámbitos de decisión que, en el supuesto de los ordenamientos más evolucionados, se caracterizan por la creación de un órgano jurisdiccional superior, tal es el caso, en particular, del Tribunal de Justicia en la Unión Europea y el Tribunal Europeo en el ámbito del Consejo de Europa, para la interpretación de los nuevos ámbitos acotados constitucionalmente.

Uno de los problemas del poder del juez es su legitimación. Así como en el Derecho interno la cuestión de la legitimación del juez se suele resolver apelando a la legitimación de ejercicio y sólo de manera secundaria se tiene en cuenta la pertenencia del juez a la misma comunidad nacional, en los ámbitos supranacionales e internacionales la legitimación democrática resulta aún más difícil de argumentar y sólo resulta sostenible referirse a una legitimación de ejercicio. Por eso, la legitimación de los grandes tribunales sólo es posible a partir de su enfoque o de su atención a los particulares, a los derechos de las personas físicas y jurídicas, y no de los que hasta ahora han sido protagonistas del Derecho público internacional e interno, los Estados ‘soberanos’, los Estados ‘federados’, los Estados miembros de una organización internacional. En este sentido, cuando los procedimientos judiciales permiten el acceso de los particulares, bien directamente -como lo refleja el acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos- bien indirectamente -tal como resulta del reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que debe estar vinculado siempre a la resolución de un litigio seguido ante tribunales nacionales-, producen un cambio revolucionario en el planteamiento de las cuestiones jurídicas y, consecuentemente, de las respuestas judiciales. No puede ser otra la interpretación que debe darse al cumplimiento de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, o el fundamento de los grandes principios jurisprudenciales construidos paulatinamente en Luxemburgo, primero de efecto directo, luego, casi automáticamente, de primacía, y, por último, como complemento inexcusable el derecho de indemnización de los particulares por responsabilidad de las autoridades nacionales por la violación del Derecho comunitario.

La efectividad del poder del juez radica en la posibilidad de conocer asuntos en que estén implicados particulares y que tengan consecuencias para los ciudadanos. Asimismo, es necesaria una masa crítica de sentencias, ni muy desbordante ni muy limitada, que permita resolver cosas con casos. Hasta ahora en el Tribunal de Justicia se ha conseguido, en cierta medida, que la masa crítica sea suficiente y el riesgo de colapso se ha conjurado con la creación de instancias judiciales previas - el Tribunal de Primera Instancia en 1989 y el Tribunal de la Función Pública en 2004. Del mismo modo, por lo que se refiere al Tribunal Europeo la transformación del sistema judicial desde el 1 de noviembre de 1998, con la supresión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, ha obligado al Tribunal Europeo a una intensa adaptación que, por el momento, no ha terminado.

Si la experiencia judicial europea es una etapa hacia la consecución de un cosmopolitismo judicial, su realidad sólo será posible si la Carta de las Naciones Unidas tiene en cuenta el cambio operado en la sociedad internacional donde los Estados y las organizaciones internacionales no pueden ser los únicos sujetos del ordenamiento, sino que la globalización reclama un nuevo protagonismo para los individuos, para las personas. La evolución hacia esta nueva sociedad internacional habrá de pasar necesariamente con una judicialización internacional de los derechos humanos que, aun cuando pueda ser en estos momentos una utopía, no puede dejar de proponerse, precisamente por ser un ideal de justicia.

Ahora bien, en el caso de que se introdujese un escalón judicial superior y universal debe procurar alcanzar un equilibrio y ejercer deferentemente su poder respecto de los demás tribunales, tal como ha ocurrido en Europa, haciendo posible el diálogo entre los jueces. La clave del éxito del nuevo tribunal universal radicaría precisamente en la aplicación prudente de la subsidiariedad entre los tribunales y en el ejercicio de sus poderes dentro de un margen de discrecionalidad del que disfrute cada Tribunal y que debe respetar el tribunal que inexorablemente ejerza su control. Se trata de un margen como el concedido por el Tribunal Europeo de Estrasburgo a los tribunales comunitarios de Luxemburgo y a los tribunales nacionales, pero también del margen de actuación que procura respetar el Tribunal de Justicia respecto de los tribunales nacionales, o que deben concederse los tribunales nacionales entre sí,

especialmente en las relaciones entre los tribunales Constitucionales y los tribunales ordinarios.

En definitiva, los jueces constituyen una de las claves de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Cuando los jueces hacen cosas con casos y cuando las hacen para resolver los problemas de los ciudadanos se están legitimando democráticamente y, obviamente, deberán atender a lo que les pasa a los ciudadanos en un determinado momento histórico. Por esa razón en una sociedad cada vez más interdependiente y global resulta razonable que los jueces sigan desempeñando sus funciones pero también es comprensible que sea necesario crear nuevos tribunales supranacionales e internacionales que, junto con los tribunales nacionales y en diálogo con estas jurisdicciones tradicionales, sigan atentamente las necesidades de los ciudadanos y les ofrezcan las soluciones que demandan los nuevos tiempos. La experiencia europea sólo es un ejemplo de lo que debieran ser las bases de un cosmopolitismo judicial fundado en la persona y basado en sus derechos fundamentales, en sus derechos constitucionales, en los derechos humanos.