



JUSTICIA

El poder judicial: el eslabón más débil de la democracia liberal

Beth Erin Jones

Analista político. Doctora por la Universidad Autónoma de Madrid

“...El poder judicial es con diferencia el más débil de los tres poderes; que nunca podrá atacar con éxito a ninguno de los otros dos; y que son precisas toda suerte de precauciones para capacitarlo a fin de que pueda defenderse de los ataques de aquellos... aunque la opresión individual puede provenir a veces de los tribunales de justicia, la libertad general del pueblo nunca debe ponerse en peligro desde ese lugar; quiero decir que el poder judicial deber ser realmente independiente tanto del poder legislativo como del poder ejecutivo”.

Alexander Hamilton, *The Federalist*, No. 78¹



¹ Hamilton, Alexander. *The Federalist no. 78*, 'The Judiciary Department', Tuesday, March 18, 1788, The Library of Congress. <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80>



En una democracia liberal, el sentido común dicta que el poder judicial debe ser lo más independiente y autónomo posible de los otros dos poderes del Gobierno, el legislativo y el ejecutivo. La opinión que tiene el ciudadano individual del nivel de independencia del poder judicial está vinculada a la confianza en el papel que desempeña dentro del Estado de derecho². Si no se confía en los tribunales, la ley enmudece y a los ciudadanos les parecerá inútil llevar sus conflictos ante unos tribunales que no saben interpretar dicha ley. En primer lugar, los jueces están para ayudar a proteger los derechos y las libertades individuales. Esto parece obvio. Lo que no es tan obvio es la inevitable influencia de la política en el poder judicial, aunque la indudable vulnerabilidad del poder judicial comparada a la de los otros dos poderes sigue siendo evidente. Por esta razón, el papel del poder judicial dentro del sistema democrático de controles y contrapesos arroja una luz particular sobre un ejercicio de equilibrio democrático delicado. En última instancia, ese equilibrio dentro de una democracia liberal se inserta en una necesidad innata de que las tres ramas del poder se consideren recíprocamente responsables y legítimas y –más aún ante la opinión pública– y no solo en términos constitucionales, sino también con respecto a la evolución de las normas de la sociedad.

Por un lado, los sistemas judiciales deben percibirse como independientes para que la ciudadanía tenga confianza en su imparcialidad. Por otro, el poder judicial no puede estar completamente desconectado de la sociedad a la que sirve. En estos últimos tiempos, son muchos los movimientos populistas que no consideran absolutamente necesario este sistema de controles y contrapesos. Para los líderes populistas, el único control necesario lo debe ejercer el “pueblo auténtico”³. La desconexión que percibe la sociedad, que viene a añadirse a una percepción firmemente instalada sobre la existencia de una elite que copa todos esos puestos, puede utilizarse con facilidad como una herramienta de polarización que acabará erosionando o desmantelando las instituciones propias de una democracia liberal. Debido a la naturaleza influyente del cargo, el puesto de juez puede clasificarse fácilmente como “elite” dentro de un marco político, ya sea democrático o de otro tipo. Después de todo, los conocimientos y la autoridad necesarios para realizar ese trabajo se identifican inevitablemente con alguien que vive en una “torre de marfil”.

Al mismo tiempo, el poder judicial actúa como defensor del ciudadano medio (tanto entre los propios ciudadanos como en relación con los otros dos poderes del Estado), mientras que los controles y contrapesos internos del propio Gobierno

² Van Dijk, Frans. *Perceptions of the Independence of Judges in Europe: Congruence of Society and Judiciary*, Palgrave Macmillan: Cham, Suiza, 2021, p 4.

³ Mueller, Jan-Werner. “Eastern Europe Goes South: Disappearing Democracy in the EU’s Newest Members”. *Foreign Affairs* 93, no. 2 (2014): 14-19. Consultado el 13 de mayo de 2021. <http://www.jstor.org/stable/24483579>, p 16.



se erigen como protagonistas. Una cuestión central que encontramos en todos los debates sobre la eficacia del poder judicial es la percepción que la ciudadanía tiene de los tribunales. Esa percepción está profundamente relacionada con la opinión sobre la independencia o la politización del sistema judicial, así como con otros factores. La política siempre encontrará, de una u otra forma, la manera de colarse en la ecuación⁴. Por lo tanto, es urgente dilucidar hasta qué punto una democracia está dispuesta a permitir la injerencia de la política, cómo minimizarla, qué transparencia debería caracterizar a esa injerencia y, lo más importante, qué restricciones deben introducirse en las reformas institucionales. Además, si fuera posible llevarlas a cabo, esas reformas deberían consensuarlas al menos los dos principales partidos del sistema (incluyendo el partido del Gobierno y el de la oposición). La estabilidad institucional es fundamental para que los políticos no cambien las reglas del juego a mitad del partido con el fin de imponer sus agendas políticas.

Los jueces son humanos y por lo tanto pueden favorecer interpretaciones progresistas o conservadoras de la ley. Los políticos querrán siempre colocar a aquellos jueces que encajen con su propia interpretación del desarrollo de las normas democráticas. Esto choca de forma directa con la interpretación imparcial de la ley en sus términos más sencillos. En la práctica, la imparcialidad se aplica en la mayoría de las sociedades democráticas. Aun así, los jueces, abogados y políticos –también los ciudadanos– deberían estar preocupados por la construcción institucional del sistema judicial. Hay que insistir en un funcionamiento democrático autónomo de la justicia, aunque algunos estén más interesados en insistir en la independencia únicamente cuando favorece a sus intereses. En última instancia, hay que vigilar de cerca la injerencia institucional y no tomarla nunca a la ligera.

En lo que se refiere a los otros dos poderes, el sufragio universal es lo que les otorga legitimidad. Cuando se trata del poder judicial, la legitimidad y la rendición de cuentas no son cuestiones tan sencillas desde el punto de vista democrático. Por lo general, y en teoría, las democracias consolidadas exigen una mayor independencia de los tribunales, aunque esto no siempre se consiga en la práctica. Si la confianza en el poder judicial se ve mermada, será más fácil erosionarlo o dismantelarlo. Si los poderes legislativo o ejecutivo obtienen los apoyos suficientes para imponer sus agendas atentando contra una institución democrática, pueden optar por hacerlo. Ejemplo de esa realidad es lo que se denomina “court-curbing” o freno judicial, esto es, una modificación de la composición del tribunal que exigen las fuerzas políticas cuando ese tribunal ‘no está en sintonía’ con las coali-

⁴ Handelsman Shugerman, Jed. *The People's Courts*, Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 2012, p 273.



► **Los jueces están para ayudar a proteger los derechos y las libertades individuales. Esto parece obvio. Lo que no es tan obvio es la inevitable influencia de la política en el poder judicial**

ciones políticas⁵, y que se plasma en “cambios reales en el poder institucional de los tribunales, mediante la limitación de la jurisdicción, acapararlo con afines ideológicos (‘court-packing’) u otras medidas legislativas”⁶.

La politización del poder judicial puede obstaculizar su papel democrático como entidad dedicada a proteger los derechos constitucionales de una persona contra los ataques de los poderes ejecutivo o legislativo. Sin embargo, el poder legislativo está más cerca de la gente a la que representa y por lo tanto valora mejor cómo evoluciona una sociedad. De hecho, los ataques al poder judicial pueden ser una señal de que el público percibe la falta de legitimidad de los tribunales⁷. La confianza de la ciudadanía también está estrechamente vinculada con las sentencias judiciales, y por tanto puede fluctuar por su cuenta. En las sociedades polarizadas, la lógica innata de que los tribunales son independientes puede diluirse como un azucarillo.

Aunque parezca contradictorio, esa falta de legitimidad y confianza de la gente en el sistema judicial puede provocar nuevos ataques contra el poder judicial. La erosión institucional que se deriva de esos ataques puede, a su vez, ocasionar más problemas de legitimidad, lo que reducirá aún más la confianza de la gente. Algunos grupos pertenecientes a la esfera pública pueden insistir abiertamente en la independencia y, al mismo tiempo, apoyar el desmantelamiento real de su autonomía. Lamentablemente, esto puede acabar en una suerte de círculo vicioso donde la legitimidad, la confianza y la independencia se enredan de forma tan exacerbada que la ciudadanía y sus políticos llegan a perder de vista cuál es el origen de este proceso. Si añadimos a la combinación el populismo y la inevitable polarización que lo acompaña, la situación puede llegar a descontrolarse. En la otra cara de la moneda, si hay suficiente confianza, es probable que la reacción contra el poder no cuente con el apoyo popular, a pesar de que los políti-

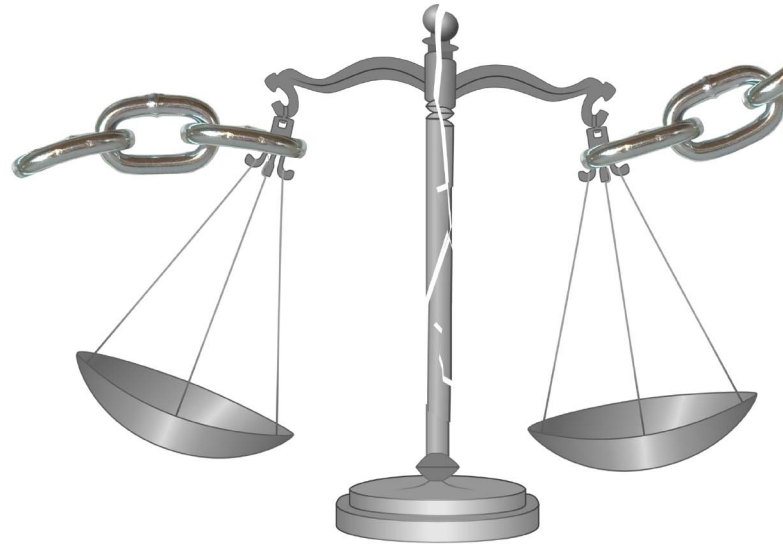
⁵ Chilton, Adam S., and Mila Versteeg. “Courts’ Limited Ability to Protect Constitutional Rights”. *The University of Chicago Law Review* 85, no. 2 (2018): 293-336. Consultado el 13 de mayo de 2021. <https://www.jstor.org/stable/26455909>, p 314.

⁶ Clark, Tom S. “The Separation of Powers, Court Curbing, and Judicial Legitimacy”. *American Journal of Political Science* 53, no. 4 (2009): 971-89. Consultado el 13 de mayo de 2021. <http://www.jstor.org/stable/20647961>, p 972.

⁷ Clark, Tom S. “The Separation of Powers, Court Curbing, and Judicial Legitimacy”. *American Journal of Political Science* 53, no. 4 (2009): 971-89. Consultado el 13 de mayo de 2021. <http://www.jstor.org/stable/20647961>, p 973.



cos se esfuercen en conseguirlo para aplicar sus propias agendas. (El proyecto de ley denominado “court-packing plan”, que consistía en añadir más jueces al Tribunal Supremo de Estados Unidos para conseguir sentencias favorables a la legislación del New Deal, de Franklin D. Roosevelt, constituye un buen ejemplo)⁸.



Una vez más, el enigma es que no solo los tribunales deben ser vistos como entidades independientes, sino también como auténticos defensores de los derechos individuales de sus ciudadanos. Deben estar aislados, pero seguir siendo legítimos y, al mismo tiempo, estar conectados con la sociedad. A veces, resulta imprescindible que las sociedades democráticas no se engañen a sí mismas centrándose en un objetivo poco realista: encerrarse en una burbuja de independencia que se constriñe a la legitimidad y a la rendición de cuentas de los tribunales, y que luego se introduce, con toda pulcritud, en el estuche de la imparcialidad judicial. Esto no significa que una sociedad no deba esforzarse en alcanzar el ideal de un poder judicial independiente en la mayor medida posible, pero no estaría de más que ese idealismo estuviera acompañado de una buena dosis de realismo pragmático. En otras palabras, la independencia judicial no puede crearse en el vacío. Si una sociedad democrática descarta por completo la influencia de la política en el poder judicial, entonces será incapaz de identificarla adecuadamente y abordarla cuando surja, y la política ocupará el primer plano para que todos la vean, o lo hará a puerta cerrada. Esa es la naturaleza del sistema.

Dentro de una sociedad democrática, las formaciones políticas dominantes exigirán el reconocimiento de sus opiniones políticas en los tribunales. En algunos casos, responsabilizarán a los tribunales de la falta de imparcialidad. Esto se debe, simplemente, a que sus puntos de vista son los dominantes y no a que sean constitucionalmente sólidos. En otras ocasiones, esas exigencias llevarán a apoyar la vulneración de esa misma independencia que tanto preocupaba a esa formación política. Como consecuencia, las minorías opositoras saldrán perdiendo. A veces, los líderes de la mayoría mirarán al futuro y se darán cuenta de que cuando cambien las tornas, la injerencia del poder judicial puede no funcionar a su favor, pero no harán nada si no tienen intención de abandonar el poder.

⁸ Handelsman Shugerman, Jed. *The People's Courts*, Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 2012, p 196.



► **Los sistemas judiciales deben percibirse como independientes para que la ciudadanía tenga confianza en su imparcialidad, aunque el poder judicial no puede estar desconectado de la sociedad**

Lo cierto es que un aislamiento *absoluto y total* no es el mejor remedio para la politización judicial. En última instancia, una desconexión completa con la sociedad solo puede conducir a la injerencia del poder judicial. Además, podría resultar en una falta de transparencia en cuanto a la influencia de la política, porque la política pasaría a hacerse a puerta cerrada. Además, una separación total es imposible, en gran medida debido tanto a la naturaleza del individuo como a la naturaleza del juego democrático. Estamos ante un desconcertante equilibrio de factores, sobre todo cuando el sistema judicial es, sin lugar a duda, el más débil de los tres poderes y, como tal, suele ser incapaz de defenderse de una embestida del legislativo o del ejecutivo.

A ambos lados del Atlántico

El enfoque para mantener un poder judicial independiente difiere bastante a ambos lados del Atlántico, pero hay un punto común: por mucho que la opinión pública esté convencida de que el poder judicial carece de independencia o está demasiado politizado, la confianza en la imparcialidad de los jueces individuales puede seguir existiendo. Quizás ocurra lo que afirmó Hamilton, según el cual el individuo teme menos una usurpación de los derechos individuales por parte del poder judicial que una usurpación por parte de los otros dos poderes. Es posible que los ciudadanos sean conscientes de esto de forma innata. También es posible que exista una clara diferencia entre una confianza politizada y fluctuante en el poder judicial y una desconfianza que se traduce en un apoyo popular al “court-curbing”. Existe una diferencia entre una intromisión institucional real en el poder judicial y las amenazas de los políticos que consideran al poder judicial como un impedimento temporal para llevar a cabo sus agendas. Es evidente que no se deben descartar las reformas judiciales, pero cuando esas reformas se emprenden de manera unilateral para aplicar una agenda política concreta, en lugar de ser un esfuerzo bipartidista o multipartidista para mejorar la eficacia de la independencia del poder judicial, hay que sospechar y dar la señal de alarma.

En Estados Unidos, el Partido Demócrata ha estado presionando para llevar a cabo la reforma del Tribunal Supremo, sobre todo para aplicar el “court-packing” (es decir, aumentar el número de jueces para combatir el giro conservador en los últimos años, resultado de los nombramientos de Trump). Recientemente, en España, el presidente Pedro Sánchez intentó impulsar una legislación para cambiar las reglas



► **Las reformas institucionales deberían consensuarlas al menos los dos principales partidos del sistema (partido del Gobierno y de oposición). Es fundamental que los políticos no cambien las reglas del juego a mitad del partido**

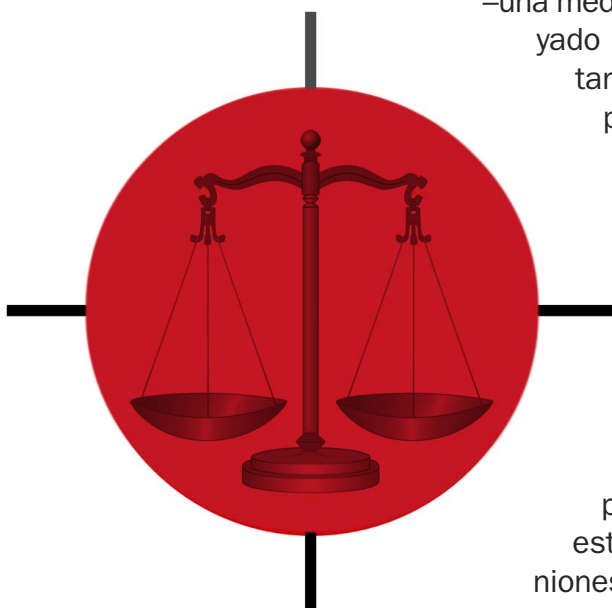
sobre la designación de jueces en el Consejo General del Poder Judicial (de modo que no se requeriría el voto de las tres quintas partes del Congreso, sino una mayoría simple). Su objetivo era acabar con el bloqueo de más de dos años de duración para la renovación del Consejo por falta de acuerdo entre los dos partidos principales, PSOE y PP. Podría haber sido una simple jugada para reactivar las negociaciones, pero llegó más lejos y se presentó para su aprobación en el Congreso, lo que provocó la intervención de la UE. Estas dos iniciativas son claros ejemplos del ‘court-curbing’, una en contra de un líder populista y la otra de un Gobierno en minoría apoyado por un partido populista. Ambas son motivo de preocupación.

Trump no solo nombró a tres jueces del Tribunal Supremo durante su mandato como presidente, lo que no había sucedido desde Nixon en sus primeros cuatro años de presidencia. También nombró a 54 de 165 jueces en los tribunales de apelación regionales nacionales⁹. El número de nombramientos, aunque relativamente elevado en una Presidencia de un solo mandato, no es el mayor problema. Lo que es preocupante es la polarización que provoca la fuerte componente ideológica de los jueces conservadores designados frente a la de sus colegas progresistas. Esto es aún más preocupante teniendo en cuenta la marcada polarización política que vive Estados Unidos. Los jueces conservadores de Trump están en desacuerdo con sus homólogos cercanos al Partido Demócrata (sobre temas como la inmigración, el control de armas, el aborto, la vigilancia policial) al menos el doble de lo que lo estaban los que designaron Ronald Reagan, George H.W. Bush y George W. Bush. Eso sí, evidencia su imparcialidad el que los jueces designados por Trump fallaron en su contra con respecto al supuesto fraude electoral tanto en el Tribunal Supremo como en los procesos de apelación¹⁰.

Aun así, la insistencia del ala más progresista del Partido Demócrata en aumentar el número de miembros del Tribunal Supremo, que superaría los nueve actuales

⁹ Gramlich, John. “How Trump compares with other recent presidents in appointing federal judges”, *Pew Research Center*, 13 de enero de 2021. <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2021/01/13/how-trump-compares-with-other-recent-presidents-in-appointing-federal-judges/>
<https://www.pewresearch.org/fact-tank/2021/01/13/how-trump-compares-with-other-recent-presidents-in-appointing-federal-judges/>

¹⁰ Ruiz, Rebecca & Gebeloff, Robert. “As Trump Leaves the White House, His Imprint on the Judiciary Deepens”, *The New York Times*, 17 de diciembre de 2021. <https://www.nytimes.com/2020/12/17/us/politics/trump-judges-appeals-courts.html>



–una medida que Biden, como institucionalista, no ha apoyado abiertamente–, resulta problemática. Mientras tanto, se ha constituido una Comisión bipartita para estudiar la posibilidad de reformar el Tribunal Supremo de Estados Unidos. La Comisión dispone de 180 días desde su primera reunión para estudiar “la génesis del debate de la reforma; el papel del Tribunal Supremo en el sistema constitucional; la duración del mandato y la rotación de los magistrados del Tribunal Supremo; el número de miembros del Tribunal Supremo, así como la elección de casos, normas y prácticas del Tribunal Supremo”¹¹. Parece que los electores de Biden están pidiendo una revisión incluso cuando las opiniones favorables sobre el Tribunal Supremo alcanzaron un nivel récord en agosto de 2020. Justo antes de que

la jueza progresista Ginsburg fuera sustituida por la conservadora Barrett, el 70% de los estadounidenses tenía una opinión favorable del Tribunal Supremo. En ese momento, era muy posible que la opinión favorable viniera de los republicanos más que de los demócratas. Afortunadamente, en la Comisión están implicados ambos partidos.

En 2015, después de los fallos sobre la Ley de Asistencia Sanitaria a Precios Accesibles (Affordable Care Act) y sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, solo el 48% de la ciudadanía tenía buena opinión del Tribunal Supremo. Desde entonces, muchos republicanos conservadores han variado su percepción sobre el Tribunal Supremo, antes visto como demasiado progresista y ahora más equilibrado. También los demócratas progresistas han cambiado de opinión. Después del giro definitivo hacia el conservadurismo debido al último nombramiento de Trump, es muy probable que las opiniones hayan vuelto a cambiar, sobre todo entre los progresistas. En Estados Unidos, las opiniones de la ciudadanía sobre el Tribunal Supremo fluctúan según los fallos que emite. Esto no resulta demasiado sorprendente, ya que el sistema judicial norteamericano está muy politizado si lo comparamos con sus homólogos europeos, donde consejos o asociaciones independientes suelen participar en la elección y el nombramiento de los jueces.

¹¹ White House Statement, “President Biden to Sign Executive Order Creating the Presidential Commission on the Supreme Court of the United States”, 9 de abril de 2021, *Statements and Releases*. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/04/09/president-biden-to-sign-executive-order-creating-the-presidential-commission-on-the-supreme-court-of-the-united-states/>



► **No solo los tribunales deben ser vistos como entidades independientes, sino también como auténticos defensores de los derechos individuales de sus ciudadanos**

Merece la pena destacar que, aunque actualmente los norteamericanos creen en la eficacia de los tribunales, más de la mitad piensan que están demasiado implicados en la política (según una encuesta de 2019)¹². Esa politización es bastante lógica teniendo en cuenta que en Estados Unidos el 90% de los jueces estatales son elegidos y los jueces del Tribunal Supremo los designa el Ejecutivo. Por lo tanto, en Estados Unidos, la confianza en la justicia no está siempre tan vinculada a la independencia como en Europa, pero la confianza sigue siendo elevada tanto en España como en los Estados Unidos con respecto a la imparcialidad individual de los jueces (es decir, las sentencias concretas en casos concretos o lo que se denomina de manera más general, la capacidad de la justicia para velar por el interés superior del individuo). Lo contradictorio es que aunque la gente piensa que los tribunales les defiende, al mismo tiempo no cree que esos mismos tribunales sean independientes políticamente.

Como es práctica habitual en los países europeos, los jueces españoles acceden a los puestos a través de un sistema basado en el mérito, que resulta especialmente riguroso. Pero el Consejo General del Poder Judicial se encarga de la promoción de los jueces y el marco legislativo da un margen importante de discrecionalidad a la hora de nombrar magistrados para los tribunales superiores y los cargos administrativos¹³. Por lo tanto, si aplicamos la lógica, se podría deducir que, para la ciudadanía, la justicia no está politizada en la misma medida que lo está en Estados Unidos. Pero los números dicen otra cosa. En España, la confianza en el poder judicial (y en su independencia) es aproximadamente del 40%¹⁴, aun cuando la confianza en la justicia a la hora de proteger los derechos individuales se sitúa en el 68%¹⁵.

¹² Annenberg Public Policy Center of the University of Pennsylvania, "Most Americans Trust the Supreme Court, But Think It Is 'Too Mixed Up in Politics'", 16 de octubre de 2019. <https://www.annenbergpublicpolicycenter.org/most-americans-trust-the-supreme-court-but-think-it-is-too-mixed-up-in-politics/>

¹³ Torres Pérez, Aida. "Judicial Self-Government and Judicial Independence: The Political Capture of the General Council of the Judiciary in Spain", *German Law Journal*, 19(7), 2018, p 1777. <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/judicial-selfgovernment-and-judicial-independence-the-political-capture-of-the-general-council-of-the-judiciary-in-spain/64998AB70B95B796EEA200893D68E8F0>

¹⁴ Van Dijk, Frans. *Perceptions of the Independence of Judges in Europe: Congruence of Society and Judiciary*, Palgrave Macmillan: Cham, Switzerland, 2021, p 90.

¹⁵ Rincón, Reyes. "La opinión de los españoles sobre la justicia: inasequible a la corrupción aunque lenta y sometida a presiones políticas y económicas", *El País*, 14 de mayo de 2021. <https://elpais.com/espana/2021-05-14/la-opinion-de-los-espanoles-sobre-la-justicia-inasequible-a-la-corrupcion-aunque-lenta-y-sometida-a-presiones-politicas-y-economicas.html>



► **Una sociedad debe esforzarse en alcanzar el ideal de un poder judicial independiente en la mayor medida posible, pero no estaría de más que ese idealismo estuviera acompañado de una buena dosis de realismo pragmático**

La Unión Europea ha insistido en que lo que les preocupa del sistema español no es la aplicación de la ley por parte de los jueces individuales, sino cómo se nombra a los miembros del Consejo General del Poder Judicial, haciendo hincapié en que la politización de los tribunales es lo problemático. Es la práctica acordada tácitamente por los partidos políticos españoles, que consiste en repartirse los nombramientos, lo que se considera excesivamente politizado y por lo tanto perjudicial para la percepción pública de la independencia judicial¹⁶. Teniendo en cuenta la escasa confianza de los españoles en la independencia judicial, la UE tiene motivos de preocupación, ya que es plenamente consciente de que las percepciones negativas pueden dar pie a una injerencia judicial institucional. Aun así, España no es aún Polonia ni Hungría, donde tanto el partido polaco Ley y Justicia como el húngaro Fidesz “han promulgado reformas legales e institucionales que eliminaban simultáneamente la competencia electoral, socavaban los derechos de participación democrática y mutilaban la estabilidad y la previsibilidad legales”¹⁷.

Aun así, la violación de la ley por parte de las instituciones democráticas ha sido un problema en muchas sociedades democráticas consolidadas, y un buen ejemplo es el ataque de Trump al sistema electoral estadounidense. Todavía hoy continúan produciéndose ataques republicanos al sistema electoral en nombre de Trump y se siguen llevando a cabo, a nivel estatal, en forma de auditorías del recuento de papeletas electorales. Aunque Arizona es el primer Estado en realizar una auditoría del recuento de papeletas en el condado de Maricopa, impulsada por una asamblea legislativa estatal republicana, Georgia se dispone a hacer lo mismo en el condado de Fulton¹⁸. En el caso de España, hay motivos de preocupación, pero peligro inmediato quizá no tanto. En general, es buena señal que Sánchez no haya podido seguir adelante con sus planes sobre la designación de los miem-

¹⁶ Consejo de Europa. *Fourth Evaluation Round Corruption prevention in respect of members of parliament, judges, and prosecutors EVALUATION REPORT SPAIN*, Adopted by GRECO at its 62nd Plenary Meeting (Estrasburgo, 2-6 diciembre de 2013). <https://rm.coe.int/16806ca048>

¹⁷ Ginsburg, Tom, Aziz Z. Huq, and Mila Versteeg. “The Coming Demise of Liberal Constitutionalism?” *The University of Chicago Law Review* 85, no. 2 (2018): 239-56. <https://www.jstor.org/stable/26455907>, p 244.

¹⁸ Gardner, Amy. “In echo of Arizona, Georgia state judge orders Fulton County to allow local voters to inspect mailed ballots cast last fall”, *The Washington Post*, 22 de mayo de 2021. https://www.washingtonpost.com/politics/georgia-ballot-inspection/2021/05/21/1e8ad1cc-ba61-11eb-a6b1-81296da0339b_story.html



► **El sistema judicial es, sin lugar a duda, el más débil de los tres poderes y, como tal, suele ser incapaz de defenderse de una embestida del legislativo o del ejecutivo**

bros del Consejo General del Poder Judicial (con cierto ánimo de la UE hacia ese resultado)¹⁹.

Lamentablemente, la interrupción del proceso de reparto de nombramientos en España ha sido perjudicial para la confianza de la ciudadanía en ese proceso, tanto a nivel nacional como internacional. Está claro que no se puede afirmar que España sea una de las que ahora se denominan como supuestas ‘democracias iliberales’, como las de Hungría y Polonia. Aun así, el enfrentamiento de Sánchez con la UE con respecto a las injerencias institucionales propuestas para el sistema judicial ha llevado a algunos a hacer comparaciones poco afortunadas, y no siempre fundadas. Hasta ahora se ha avanzado muy poco. El PP insiste en volver a las reglas anteriores a la reforma de 1985 sobre la designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, de forma que el legislativo designe menos miembros (8 en vez de 20)²⁰. En 1985, el Gobierno del PSOE de Felipe González logró modificar las reglas, ya que la Constitución no especifica cómo deben nombrarse esos 12 jueces, para contrarrestar lo que se consideraba un Consejo demasiado conservador. El PSOE ha sostenido recientemente que se podría contrarrestar la politización y reforzar la independencia volviendo al pacto de 2001, es decir, reduciendo los candidatos de 51 a 36²¹.

Entre otras cosas, la Unión Europea recomienda que al menos la mitad de los jueces sean elegidos por la propia judicatura. Volver a las reglas anteriores a la reforma socialista parece algo razonable, que además cumpliría con las directrices de la UE. Aun así, hay que tener en cuenta que una mayoría precaria en el Congreso podría seguir paralizando el proceso en el futuro (en teoría, se podría llegar al mismo punto muerto y con la misma facilidad con ocho miembros que con veinte). Por otro lado, una mayoría fuerte podría dominar el procedimiento, por lo que tiene sentido repartir los nombramientos entre la judicatura y el Congreso. El sistema político español

¹⁹ Rincón, Reyes. “El Gobierno opta por retirar la ley que rebajaba la mayoría para renovar al Poder Judicial”, *El País*, 20 de abril de 2021. <https://elpais.com/espana/2021-04-20/el-gobierno-opta-por-retirar-la-ley-que-rebajaba-la-mayoria-para-renovar-al-poder-judicial.html>

²⁰ Marcos, José. “El PSOE acusa al PP de “boicotear” la renovación del Poder Judicial”, *El País*, 17 de mayo de 2021. <https://elpais.com/espana/2021-05-17/el-psoe-acusa-al-pp-de-boicotear-la-renovacion-del-poder-judicial.html>

²¹ Romero, José Manuel. “Justicia ofrece al PP dar más margen a los jueces para elegir al nuevo Consejo del Poder Judicial”, *El País*, 3 de mayo de 2021. <https://elpais.com/espana/2021-05-03/justicia-ofrece-al-pp-dar-mas-margen-a-los-jueces-para-elegir-al-nuevo-cgpj.html>



► **La Unión Europea ha insistido en que lo que les preocupa del sistema español no es la aplicación de la ley por parte de los jueces individuales, sino cómo se nombra a los miembros del Consejo General del Poder Judicial**


ya no es un sistema bipartito, y eso también complica las cosas. En cualquier caso, la medida podría generar un aumento de la confianza en la justicia por parte de la sociedad española, al menos a corto plazo. Otra opción es que la judicatura monopolice los nombramientos del Consejo, pero a largo plazo eso podría crear una brecha cada vez mayor entre la sociedad y el poder judicial. Y lo que es más grave, los partidos políticos podrían influir para repartirse los puestos a puerta cerrada. Sin embargo, cualquier reforma, o al menos –como sugiere el Consejo de Europa– “una evaluación del marco legislativo”, debe ser de naturaleza multipartidista²².

Como demuestra el caso de Estados Unidos (sí, el mismo sistema que se descarta muchas veces por ser una excepción a la regla), está claro que la falta de confianza en el sistema judicial no recae completamente sobre la politización. Por el contrario, la confianza, la legitimidad y la rendición de cuentas están entrelazadas dentro de una amalgama de factores. Esto también puede aplicarse en el contexto europeo a diferentes niveles. Aunque la historia no es la misma en los diferentes países, sobre todo en lo que respecta al derrocamiento de los gobiernos autoritarios europeos, las democracias de ambos lados del Atlántico pueden aprender del método prueba-error. Lo que sí está claro es que muchas instituciones democráticas son un objetivo frágil amenazado por los líderes populistas y por la polarización. Sin embargo, cabe señalar que las instituciones democráticas no solo están en peligro por los extremismos políticos de influencia exclusivamente populista.

Aunque una mayor politización del poder judicial queda claramente fuera del debate tanto en España como en Estados Unidos, no se puede ignorar que los tribunales siempre estarán influenciados por la política en mayor o menor grado. Además, hay varios factores que afectan simultáneamente a la dinámica general. Algunos de esos aspectos, entre otros, podrían ser los siguientes: en primer lugar, las opiniones políticas fluctuantes que en muchas ocasiones son fruto del populismo y la polarización; en segundo lugar, la evolución de las normas de una so-

²² Consejo de Europa. *Fourth Evaluation Round Corruption prevention in respect of members of parliament, judges, and prosecutors EVALUATION REPORT SPAIN*, Adopted by GRECO at its 62nd Plenary Meeting (Estrasburgo, 2-6 diciembre de 2013). <https://rm.coe.int/16806ca048>, p 24.



ciudad en su conjunto y la reacción política de los electores a las sentencias judiciales generales; por último, la experiencia de un individuo ante la eficacia del sistema judicial (la confianza también tiende a declinar con la interacción directa, y seguramente se debe a la pérdida de control que perciben los individuos o simplemente porque el tribunal no falla a su favor). La politización del poder judicial, a pesar de ser preocupante, no es el único infractor de su estabilidad institucional. Está claro que sin independencia judicial todo el sistema democrático entra en estado de decaimiento en el que no rige el imperio de la ley, pero ese no es el único asunto que se ha de considerar. De ahí que todas las sociedades democráticas deban priorizar la valoración de cada circunstancia individual para que los límites y las concesiones políticas se establezcan adecuadamente. Y lo que es más importante, esa estructura debe ser lo suficientemente firme para que las instituciones no practiquen la injerencia por capricho.

Conclusiones

Una vez más, un poder judicial totalmente aislado y, por tanto, desvinculado de la sociedad, puede tener dos efectos separados y contradictorios: en primer lugar, la independencia de los tribunales puede traducirse en una mayor confianza en la institución en su conjunto; en segundo lugar, una especie de “desconexión” social con la ciudadanía puede, en ocasiones, perjudicar la opinión sobre la eficacia de los tribunales. El primero puede aumentar la confianza de la sociedad en el poder judicial, pero el segundo puede en última instancia traducirse en la usurpación política de las instituciones del poder judicial, o en procesos de ‘court-curbing’ (o freno judicial). En cualquier caso, el problema no reside solo en cómo el sistema judicial interactúa con la sociedad, sino en cómo los otros dos poderes interactúan con el poder judicial. La retórica política impregna inevitablemente la percepción que la sociedad tiene de los tribunales. Eso es de esperar, pero lo verdaderamente problemático es la capacidad del poder judicial para contraatacar. Lo que hay que tener presente constantemente al reflexionar sobre la reforma judicial es que es el marco institucional democrático el que está en juego en última instancia. Por lo tanto, debería quedar claro que la reforma del sistema judicial en una sociedad democrática no puede tomarse a la ligera. En Estados Unidos, el giro a la elección de los jueces por sufragio popular fue en reali-

► **El sistema judicial norteamericano está muy politizado si lo comparamos con sus homólogos europeos, donde consejos o asociaciones independientes suelen participar en la elección y el nombramiento de los jueces**



dad un movimiento para que las maniobras políticas a puerta cerrada dejaran paso a la transparencia, de modo que el poder judicial estuviera menos politizado, no más²³. Por supuesto, esa decisión también desencadenó un sinfín de complicaciones. Con el tiempo, el sistema judicial estadounidense ha ido inclinándose hacia la dependencia cada vez mayor, propia de un sistema basado en el mérito. Aun así, todavía le queda un largo camino por recorrer²⁴.

En líneas generales, debería ser posible hallar un término medio: las sociedades quieren que sus jueces sean imparciales, y aunque el día a día no esté tan en duda, la confianza en el sistema judicial en general sí podría estarlo. Los jueces solo pueden fallar en los casos que se les presenten, por lo que la confianza (demostrada de manera más tangible por una persona que acude a un juez y donde ambas partes acuerdan entregar el control de un conflicto al juez asignado) puede ser una buena base para el Estado de derecho institucional. El poder legislativo propone, debate y promulga las leyes y después, el poder ejecutivo las aplica en un sentido amplio.

Supuestamente, es el poder judicial quien tiene la última palabra en cuanto a la interpretación de esas leyes y su coherencia con respecto a la Constitución. El hecho de que los poderes ejecutivo y legislativo acepten o no esta premisa resulta clave para el equilibrio democrático de controles y contrapesos. Al mismo tiempo, el aislamiento completo de la política no solo es imposible, tampoco es deseable a largo plazo. En cambio, se puede llegar a un pacto intermedio en el que se respete y se espere la imparcialidad independiente por parte de todos, sin ignorar ingenuamente las tendencias de la naturaleza humana y de la sociedad. Puede que entonces se logre mantener el tira y afloja de la legitimidad democrática, junto con sus instituciones. A la larga, lo que debe preocuparnos es la longevidad de las democracias liberales. Unas democracias que, a través del sistema de controles y contrapesos, se esfuerzan por mantener unas instituciones que están constantemente en peligro de caer debido a sus imperfecciones.

Por tanto, resulta evidente que el poder judicial debe ser lo más independiente posible. Pero como los sistemas democráticos están politizados de forma innata, a veces el poder judicial se convierte en objetivo de la política y se debilita hasta tener menos medios de defensa contra los ataques. Como insistió Hamilton, el poder ejecutivo tiene la “espada de la comunidad” y el poder legislativo “la bolsa del tesoro”, mientras que el poder judicial “no influye ni sobre las armas ni sobre la bolsa; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad y no puede tomar ninguna

²³ Handelsman Shugerman, Jed. *The People's Courts*, Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 2012, p 112.

²⁴ Handelsman Shugerman, Jed. *The People's Courts*, Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 2012, p 3.



resolución activa”²⁵. Aun así, existe una diferencia entre la influencia de la política y la erosión o el ataque directo a la estructura institucional del poder judicial. Todo depende de la medida en que un sistema permita que la influencia política se implique en el poder judicial, de lo transparente que sea dicha implicación y de hasta qué punto dicha implicación respete las diversas normas democráticas. Lo más importante es que las sociedades democráticas sean conscientes en todo momento de que la independencia judicial, una vez usurpada, puede verse desmantelada con bastante rapidez. Esto es particularmente cierto en lo que respecta a su legitimidad a los ojos de la ciudadanía, una legitimidad que, aunque “suele adquirirse lentamente”, también puede “disminuir fácilmente”²⁶.

Al final, aunque cierto grado de politización resulta inevitable, mantener límites institucionales estrictos a la injerencia de los poderes ejecutivo y legislativo también es fundamental. En otras palabras, lo más importante es trazar una línea entre la politización y la manipulación unilateral y tangible de la función judicial. Aunque la opinión pública es voluble y fluctúa constantemente, los tribunales no deberían hacerlo. Además, los tribunales tampoco pueden aislarse sistemáticamente de la opinión pública. Después de todo, y particularmente en la era de la desinformación, la percepción pública de la actividad democrática es todavía más importante, ya que las sociedades están cada vez más polarizadas y son cada vez más proclives a sumarse a tendencias políticas extremas y populistas. Así que es posible que la independencia del poder judicial se considere un día como una ventaja y al siguiente como un simple obstáculo con el que hay que acabar.

Bibliografía

Annenberg Public Policy Center of the University of Pennsylvania. “Most Americans Trust the Supreme Court, But Think It Is ‘Too Mixed Up in Politics’”, 16 de octubre de 2019, <https://www.annenbergpublicpolicycenter.org/most-americans-trust-the-supreme-court-but-think-it-is-too-mixed-up-in-politics/>

Chilton, Adam S., and Mila Versteeg. “Courts’ Limited Ability to Protect Constitutional Rights”. *The University of Chicago Law Review* 85, no. 2 (2018): 293-336. Consultado el 13 de mayo de 2021, <https://www.jstor.org/stable/26455909>

Clark, Tom S. “The Separation of Powers, Court Curbing, and Judicial Legitimacy”. *American Journal of Political Science* 53, no. 4 (2009): 971-89. Consultado el 13 de mayo de 2021. <http://www.jstor.org/stable/20647961>

Consejo de Europa. *Fourth Evaluation Round Corruption prevention in respect of members of parliament, judges, and prosecutors EVALUATION REPORT SPAIN*, Adopted by GRECO at its 62nd Plenary Meeting (Estrasburgo, 2-6 de diciembre de 2013) <https://rm.coe.int/16806ca048>

²⁵ Hamilton, Alexander. *The Federalist no. 78*, ‘The Judiciary Department’, Tuesday, March 18, 1788, The Library of Congress. <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80>.

²⁶ Chilton, Adam S., and Mila Versteeg. “Courts’ Limited Ability to Protect Constitutional Rights”. *The University of Chicago Law Review* 85, no. 2 (2018): 293-336. Consultado el 13 de mayo de 2021. <https://www.jstor.org/stable/26455909>, p 302.



- Gardner, Amy.** “In echo of Arizona, Georgia state judge orders Fulton County to allow local voters to inspect mailed ballots cast last fall”, *The Washington Post*, 22 de mayo de 2021, https://www.washingtonpost.com/politics/georgia-ballot-inspection/2021/05/21/1e8ad1cc-ba61-11eb-a6b1-81296da0339b_story.html
- Ginsburg, Tom, Aziz Z. Huq, and Mila Versteeg.** “The Coming Demise of Liberal Constitutionalism?”. *The University of Chicago Law Review* 85, no. 2 (2018): 239-56. <https://www.jstor.org/stable/26455907>
- Gramlich, John.** “How Trump compares with other recent presidents in appointing federal judges”, 13 de enero de 2021 *Pew Research Center*, <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2021/01/13/how-trump-compares-with-other-recent-presidents-in-appointing-federal-judges/>
- Hamilton, Alexander.** *The Federalist no. 76*, ‘The Judiciary Department’, 18 de marzo de 1788, The Library of Congress, <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80>
- Handelsman Shugerman, Jed.** *The People’s Courts*, Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 2012.
- Marcos, José.** “El PSOE acusa al PP de ‘boicotear’ la renovación del Poder Judicial”, *El País*, 17 de mayo de 2021. <https://elpais.com/espana/2021-05-17/el-psoe-acusa-al-pp-de-boicotear-la-renovacion-del-poder-judicial.html>
- Mueller, Jan-Werner.** “Eastern Europe Goes South: Disappearing Democracy in the EU’s Newest Members”. *Foreign Affairs* 93, no. 2 (2014): 14-19. Consultado el 13 de mayo de 2021. <http://www.jstor.org/stable/24483579>
- Rincón, Reyes.** “El Gobierno opta por retirar la ley que rebajaba la mayoría para renovar al Poder Judicial”, *El País*, 20 de abril de 2021. <https://elpais.com/espana/2021-04-20/el-gobierno-opta-por-retirar-la-ley-que-rebajaba-la-mayoria-para-renovar-al-poder-judicial.html>
- Rincón, Reyes.** “La opinión de los españoles sobre la justicia: inasequible a la corrupción aunque lenta y sometida a presiones políticas y económicas”, *El País*, 14 de mayo de 2021. <https://elpais.com/espana/2021-05-14/la-opinion-de-los-espanoles-sobre-la-justicia-inasequible-a-la-corrupcion-aunque-lenta-y-sometida-a-presiones-politicas-y-economicas.html>
- Romero, José Manuel.** “Justicia ofrece al PP dar más margen a los jueces para elegir al nuevo Consejo del Poder Judicial”, *El País*, 3 de mayo de 2021. <https://elpais.com/espana/2021-05-03/justicia-ofrece-al-pp-dar-mas-margen-a-los-jueces-para-elegir-al-nuevo-cgpi.html>
- Ruiz, Rebecca & Gebeloff, Robert.** “As Trump Leaves the White House, His Imprint on the Judiciary Deepens”, *The New York Times*, 17 de diciembre de 2021. <https://www.nytimes.com/2020/12/17/us/politics/trump-judges-appeals-courts.html>
- Torres Pérez, Aida.** “Judicial Self-Government and Judicial Independence: The Political Capture of the General Council of the Judiciary in Spain”, *German Law Journal*, 19(7), 2018. <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/judicial-selfgovernment-and-judicial-independence-the-political-capture-of-the-general-council-of-the-judiciary-in-spain/64998AB70B95B796EEA200893D68E8F0>
- Van Dijk, Frans.** *Perceptions of the Independence of Judges in Europe: Congruence of Society and Judiciary*, Palgrave Macmillan: Cham, Switzerland, 2021.
- White House Statement.** “President Biden to Sign Executive Order Creating the Presidential Commission on the Supreme Court of the United States”, 9 de abril de 2021, *Statements and Releases*. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/04/09/president-biden-to-sign-executive-order-creating-the-presidential-commission-on-the-supreme-court-of-the-united-states/>

faes
FUNDACIÓN

Suscripción a *Cuadernos de Pensamiento Político*:
www.fundacionfaes.org/pay/confirmBuy?id=6362

Suscripción a la *newsletter*:
www.fundacionfaes.org/es/newsletter

C/ Ruiz de Alarcón, 13. 2ª planta
28014 Madrid
Tlf 915 766 857
info@fundacionfaes.org
fundacionfaes@fundacionfaes.org

DONACIONES

Multimedia

