

EL JUEZ COMO MOTOR DEL CAMBIO Y DE INTEGRACIÓN GLOBAL

Manuel Ballbé Mallol,
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona

Pilar Jiménez Tello
Profesora Asociada de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca

I. EL JUEZ COMO MOTOR DEL CAMBIO Y DE INTEGRACIÓN GLOBAL

El poder judicial es uno de los tres poderes del Estado de Derecho y del sistema democrático. La palabra juez proviene del latín “Iudex”, persona con autoridad para juzgar y sentenciar.

Nos preguntamos ¿qué características deberían definir a un buen juez y qué valores debe preservar? Todos sabemos los perfiles de los que son acreedores la mayoría de los jueces: integridad, profesionalidad, independencia e imparcialidad, siendo estos los indicadores clave para evaluar la calidad y el progreso de un país. Sin embargo, a veces nos olvidamos de otros valores, procedimientos y métodos que han estado presentes a lo largo de la historia en los países más desarrollados y, que por tanto, este progreso es también debido a la innovación judicial, así como a ese proceso permanente de modernización y creatividad judicial. Todo ello ha sido fruto de un cierto activismo judicial¹, que se vislumbra como una visión permanente de cambio, de innovación en las ideas, valores y concepciones sociales que la actividad jurídica y judicial ha sabido canalizar y plasmar en un Ordenamiento Jurídico cada vez más dinámico e integrador. Estas características se observan ya a lo largo de la historia en el Sistema

¹ BECKFORD, D. S., *Power and Judicial Activism in the WTO. The Appellate Body's Interpretation of Trade Remedy Agreements*, VDM Verlag Dr. Müller, Saarbrücken, Germany 2008.

Judicial Norteamericano y luego han tenido una proyección que ha inspirado a los tribunales europeos que podemos observar tanto en la Corte Suprema Norteamericana como en los Tribunal Europeos (de Derechos Humanos y de Justicia)². También ha inspirado al modelo del Tribunal Judicial de la Organización Mundial del Comercio, poco conocido, pero muy efectivo en la integración global a través del Derecho y del Tribunal Penal Internacional. Todo ello puede traducirse en que se ha producido una globalización como norteamericanización —en uno de los aspectos más positivo de los EEUU que es una globalización judicial—, como proceso ineludible de la integración global, como puede verse en el artículo “El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la Europeización”³.

Uno de los principios y métodos consustanciales a este progreso a los países más desarrollados es que el proceso judicial sea también un proceso deliberativo, es decir, que asegure la participación y deliberación de todas las partes en controversia y no una mera imposición o decisión sin tener en cuenta todos los argumentos, valores y propuestas en juego. El juez y los tribunales, por tanto, aseguran unas decisiones basadas en un proceso deliberativo en sede judicial. Ante el desprestigio de la política y de los políticos, así como la transformación de los parlamentos en la toma de decisiones mecánicas y dogmáticas de la mayoría de turno, sin un debate y proceso honesto de deliberación entre la mayoría y la oposición, los tribunales se han convertido en el último refugio de la democracia participativa y deliberativa cotidiana. Respecto a este tema es importante la lectura del artículo ya clásico del profesor de la Universidad de Harvard, Abram Chayes: “The role of the judge in public law litigation”⁴.

² ALONSO, R., *El juez español y el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

³ BALLBÉ MALLOL, M., “El futuro del Derecho Administrativo en la Globalización: entre la Americanización y la Europeización”, *Revista de Administración Pública*, núm. 174, 2007 septiembre, pp. 215-276.

⁴ CHAYES, A., “The role of the judge in public Law litigation”, *Harvard Law Review*, 1976.

Estos valores, métodos o procedimientos son, entre otros, aseguradores de la democracia deliberativa; buscador del consenso y garantizador de los procedimientos de negociación y de conciliación previa; asegurador de un proceso integrador; el juez entendido como juez que garantice el principio de checks and balances y el juez como factor de cambio, sin perjuicio de aquéllos que se le suponen a priori, como son: ética, independencia, imparcialidad y transparencia, entre otros.

A lo largo de este artículo intentaremos mostrar la importancia del juez a lo largo de la historia, no sólo como aplicador del Derecho, sino como innovador del Derecho, mostrando algunas de las Sentencias que son claro ejemplo de estos cambios significativos e incluso históricos.

Progresivamente el juez ha ido adquiriendo más relevancia y funcionalidad por su mayor profesionalidad, imparcialidad y preparación, cada vez más extensa y profunda. La prueba de ello es su mayor reconocimiento por la sociedad, determinado en primer lugar por *las crisis y degradación de la política y de los políticos*. Esto no quiere decir que los jueces puedan o deban sustituir a los políticos, sino que los jueces deben velar y controlar que no degeneren la política y no se extienda la ineficiencia y la corrupción en las instituciones públicas y privadas. A través de la ONG Transparency International tenemos información fehaciente de la evaluación del “Índice de percepción de la corrupción” en cada Estado. En el citado Índice podemos comprobar el diferente nivel de corrupción. Los países situados en los primeros lugares son los que tienen una mayor calidad y control judicial, no sólo represivo, sino también preventivo. España en el ranking que ha elaborado la citada Organización no Gubernamental (ONG) en 2012 ha obtenido una puntuación de 6,1, la misma que en 2011, situándose en el puesto número 30 del ranking. Nuestro país desde el 2004 ha bajado en cuanto a puntuación de 7,1 a 6,1 en 2012, así como del puesto número 23 hasta el puesto número 30. Transparencia Internacional recomienda a España mayor transparencia, la elaboración de un plan anticorrupción.... y la elaboración de un código ético del diputado. Brasil, en 2012, ha mejorado en el citado ranking, pasando del puesto número 75 en

2011, al 69 en 2012. En segundo lugar, la *ineficiencia de las instituciones públicas* viene también determinada por un sectarismo partidista que impide un debate y una deliberación plural, colectiva y honesta que pueda hacer fluir nuevas ideas de la comunidad por encima de los intereses de los aparatos burocráticos de los partidos que, muchas veces, se alejan de los problemas y necesidades de la sociedad. En tercer lugar, la crisis actual también pone de manifiesto *la captura de los políticos y reguladores por grupos de interés económicos y financieros que ponen por encima sus intereses personales y egoístas en detrimento del interés general y la estabilidad financiera*. Han sido pocos, pero relevantes, los jueces que han condenado a estos trasgresores por engañar a los ciudadanos con hipotecas y productos financieros tóxicos. A modo de ejemplo podemos ver la Sentencia de la Suprema Corte de EEUU *Cuomo⁵ versus Clearing House Association*, contra los grandes Bancos de Nueva York⁶

La sentencia reconoce que los cincuenta estados pueden controlar las hipotecas depredadoras que tratan de colocar los bancos a las minorías, como los negros, hispanos y mayores, en uso de las leyes estatales de protección de los derechos civiles. En cuarto lugar, *por la incapacidad para resolver los problemas y las crisis de todo tipo*, como la que estamos sufriendo en la actualidad, que no es sólo una crisis económica financiera, como decía hace cuatro años Paul Volcker⁷, sino que viene a representar una crisis de valores, una crisis moral, una incapacidad de hacer reformas necesarias, como la de acceso a la sanidad en Estados Unidos o la limitación de armas, entre otras. La crisis económica financiera actual es causa de una previa causa jurídica, la desregulación de las leyes que se dictaron en la presidencia Roosevelt para resolver la crisis del 29. Estas leyes y

⁵ Ex Fiscal General del Estado y en la actualidad Gobernador de New York.

⁶ BALLBÉ, M., MARTÍNEZ, R., Y CABEDO, Y., *La crisis financiera causada por la desregulación del Derecho Administrativo Americano, Administración y justicia, Liber Amricoum en homenaje a Tomas Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, 2012.

⁷ Asesor de Obama y ex presidente de la Reserva Federal de EEUU en los años 80.

los controles judiciales que existían fueron removidos y alterados en el año 2000. Han sido los ciudadanos y el activismo de la comunidad los que cada vez recurren más a la protección y el protagonismo de los jueces para reequilibrar estas deficiencias de las perversiones y corrupciones en la democracia, en lo que se denomina regulación a través de la litigación. Esto significa que se han conquistado muchos derechos a través de sentencia y no de leyes⁸. Un ejemplo de la credibilidad que los jueces ofrecen a los ciudadanos y a la sociedad en general se puede ver a través de las encuestas que en diversos países se realizan y en las que obtienen alta calificación.

No podemos obviar que nos encontramos en la era de unas relaciones internacionales cada vez más intensas, abarcando a todos los ámbitos y, por tanto, a la justicia, que tiene una proyección global, aunque hay que reconocer que de la protección de los derechos humanos y la ética avanzan a menos ritmo que la globalización económica⁹ y que, obviamente, la justicia, al tener la función de protección de los derechos humanos, es un poder controlador, de freno y de equilibrio de ese poder político y económico global. Como ya indicaba Montesquieu en el siglo XVIII, juez de la nobleza de la toga, “es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiene la inclinación a abusar de él yendo hasta donde encuentra límites o frenos...”, siendo por esta causa que se haya articulado que en la separación de poderes los jueces específicamente tengan la función de freno y equilibrio de los poderes, a la vez que salvaguarden los derechos y la libertad de los ciudadanos. Por ello es consustancial a esta función de los jueces los conflictos con los grandes poderes, ya sean políticos o económicos.

En todos los países se le pide a los jueces, entre otras muchas cosas, que defiendan las libertades de los ciudadanos; que impidan

⁸ BALLBE, M., Y MARTÍNEZ, R., “Law and globalization” (Coords. J. Robalino y J. Rodríguez Arana) en, *Law Globalization*, Ed. CMP Publishing, 2010, p. 161.

⁹ *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Fundación Manuel Broseta, 2003, p. 33.

la discriminación racial y de género; que los proteja ante los abusos de los poderes públicos y privados; que aplique penas; que atenúe las diferencias sociales y económicas entre los individuos y un largo etcétera. Pero aún se le pide algo más al poder judicial, y en concreto a los jueces, que vayan más allá y que, junto con los ciudadanos y el activismo de la comunidad, se conviertan en innovadores del nuevo derecho, de un derecho cada vez más universal, creativo, pluralista e integrador que cambie progresivamente los comportamientos y las concepciones obsoletas. Tenemos un claro ejemplo de ello en EEUU durante la época de los 60 y 70, lo que se ha dado en llamar “la revolución de los derechos”, que se inició, entre otros grupos, por las mujeres¹⁰ a principios del siglo XX con la sentencia *Muller versus Oregon* (1908) que reconoció el derecho a limitar las horas de trabajo cuando perjudica a la salud y a la seguridad, al tiempo que se fue ampliando al derecho de voto de las mujeres y que progresivamente, aunque con muchos obstáculos, ya no ha tenido vuelta atrás¹¹.

Quizá es más conocida la estrategia que a través de la regulación que efectuaron los movimientos de la población de color, en cuyo ámbito encontramos una de las sentencias más innovadoras *Brown versus Board of Education*, (1954) en la que se reconoció el derecho de integración racial en las escuelas, doctrina elaborada por la Corte Warren, revocando el viejo principio discriminador de que las escuelas de los negros y los blancos estaban separadas, pero que eran iguales. Haciéndose famosa la ironía de este mal entendido principio de igualdad de que con las escuelas separadas ya se veía que había unos más iguales que otros. De los movimientos ecologistas, que promoviendo innumerables pleitos contra la contaminación, los jueces fueron reconociendo un nuevo

¹⁰ JIMÉNEZ TELLO, P., BALLBÉ MALLOL, M.; “Auditoria y evaluación como instrumento decisivo para el desarrollo global de los derechos de la mujer en el sociedad del conocimiento”, *NOMOS, Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Ceará*. vol. 30.1, 2010, jan-jul.

¹¹ BALLBE, M., Y MARTÍNEZ, R., “Law and ... op. cit.

derecho, que no sólo era de protección ambiental, sino de prevención de la seguridad y de la salud frente a los innumerables cánceres que surgían con productos como los pesticidas, entre otros. Estas sentencias provocaron la creación de nuevas Administraciones Públicas medioambiental en los años 70 y la creación de una Administración de Medio Ambiental.

La cronología de todos estos derechos puso en evidencia que estas reivindicaciones se articularon desde la calle, con el activismo ciudadano, provocando la activación de recursos y pleitos que los tribunales, afortunada y elogiosamente, han ido reconociendo y ampliando dichos nuevos derechos, donde en muchas ocasiones los parlamentos y los gobiernos han ido a remolque de estas valientes e innovadoras decisiones judiciales, es decir, a través de la Regulation through litigation (regulación a través de la litigación)¹², puesto que muchas de estas sentencias históricas han servido para que los parlamentos luego lo materialicen en una Ley. Esto significa que fueron los jueces y, más concretamente, la Corte Suprema, quienes reconocieron estos nuevos derechos que luego fueron objeto de leyes, siendo las sentencias las que reconocieron estas reivindicaciones de la comunidad y activaron una nueva jurisprudencia innovadora que incorporó una batería de nuevos derechos que hoy forman parte del patrimonio de las sociedades más avanzadas, configurando una nueva visión del estado del bienestar y una nueva sociedad, la sociedad del riesgo, orientada a prevenir y concienciar de los nuevos riesgos del derecho a la vida y a la salud, a la seguridad alimentaria, a la seguridad vial, a la protección frente a los productos cancerígenos, entre otros¹³.

Los jueces, en muchos casos, como lo es en el caso de EEUU, han ido por delante en esta renovación de cambio jurídico y de interpretación constitucional.

¹² VISCUSI, W. K. *Regulation through litigation*, Broking, 2002 B.

¹³ FERNÁNDEZ PEREIRA, J. P., *La Seguridad Humana*, Barcelona, Ariel, 2006.

El protagonismo judicial se encuentran en los principios inherentes a la naturaleza de las instituciones configuradas en la constitución Norteamericana, principios como el federalismo, el check and balances y de equilibrio de poderes y contrapoderes, así como, por primera vez, el protagonismo de los jueces y especialmente de la Corte Suprema, siendo estos una de las claves explicativas del motor del cambio y del dinamismo jurídico y judicial norteamericano¹⁴.

Un ejemplo de máxima actualidad lo tenemos en la Sentencia de la Corte Suprema Americana, *National Federation of Independent business v. Sebelius 2010*¹⁵ y, más en concreto, en la Ley de acceso a la sanidad (Affordable Care Act), que aprueba el programa de seguro de salud del Gobierno para personas de bajos ingresos y de los enfermos, a la vez que obliga a todos los ciudadanos norteamericanos que tengan ingresos a contratar un seguro privado resolviendo la deficiencia de los 50 millones de habitantes de los 300 millones de habitantes que tiene EEUU que no tenían protección de un sistema de salud. Pues bien, la Corte Suprema compuesta por cuatro magistrados progresistas y cinco magistrados conservadores han declarado constitucional la Ley de Obama, ya que el presidente de la Corte Suprema, el conservador John G. Roberts, nombrado por el ex presidente Bush, se ha alineado con los magistrados progresistas con un nuevo argumento impactante “la obligatoriedad de contratación de un seguro sanitario privado para todos aquellos que tengan ingresos”, la obligación de contratar un seguro por decisión, que tendrá gran repercusión en el futuro. Los republicanos sostenían la inconstitucionalidad de la ley “al obligar” a todos los ciudadanos con ingresos a contratar un seguro privado, argumentando que vulneraba la libertad individual de elección de contratar un seguro o no y un segundo argumento que planteaban los republicanos era que esta competencia era de cada uno de los 50 Estados de la

¹⁴ Nota explicativa de la Carta Magna del Poder Judicial

¹⁵ CUSHMAN, B., “NFIB Versus Sebelius and the transformation of the taxing Power”, *Notre Dame Review*, núm. 133, 2013, noviembre.

Unión, no de la Federación, y que esta materia no afectaba al comercio interestatal. El presidente Roberts se desmarca de esta argumentación jurídica republicana conservadora respondiendo con una fundamentación jurídica novedosa y contundente al afirmar que afecte o no al comercio interestatal el poder federal, tiene competencia para la creación de tributos y que la ley de obligatoriedad de un seguro no es más que un impuesto y, por tanto, constitucional. En definitiva, los tributaristas del mundo que considerarían una aberración jurídica técnica esta fundamentación de que la obligación de contratar un seguro es un impuesto van a tener que cambiar sus principios jurídicos tributarios. Esta argumentación, al ser la Corte Suprema un Tribunal Global, va a hacer que esta doctrina tenga repercusión e impacto global. Provocará, como puede ocurrir en el futuro en EEUU, que muchas reformas centralista y federales de tipo social puedan ser habilitadas como constitucionales porque, aunque no afecten al comercio interestatal o se impongan de forma obligatoria a los ciudadanos, ya que simplemente esta imposición se transforma o se visualiza como un impuesto y, por tanto, sería constitucional. Sin duda puede ser un instrumento de reformas progresistas en muchos estados federales porque el poder federal puede alegar que esas reformas progresistas que pretende hacer es un impuesto tributario.

No olvidemos que para que los tribunales y jueces sean innovadores es imprescindible que los abogados sean conscientes de que ellos son el primer motor, teniendo que introducir nuevas argumentaciones jurídicas innovadoras en sus demandas para convencer al juez que va a dictar sentencia, obviamente, influenciado por estos juristas creativos. Todos juntos, jueces y abogados, como una comunidad jurídica, serán los que produzcan esas sentencias innovadoras. Un ejemplo de ello lo tenemos en un pleito promovido por unos abogados que provocó que el juez titular del Juzgado de los Mercantil, nº 3 de Barcelona ya famoso por sus sentencias innovadoras, José María Fernández Seijo, planteara un auto de apertura de una cuestión de prejudicialidad, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al entender que la Ley española no protegía suficientemente los derechos de los

consumidores en el caso de los desahucios y, por tanto, esto era contrario a la Directiva Comunitaria 93/13 CEE, que permite al juez modular, ponderar o modular las circunstancias de cada caso. El Tribunal europeo dictaminó (marzo de 2013) que la normativa española era contraria a la Directiva Comunitaria al impedir al juez paralizar una ejecución hipotecaria a pesar de que en el contrato existieran cláusulas abusivas para el consumidor. Aquí se muestra el importante protagonismo de los movimientos sociales, de los abogados que representan a estos ciudadanos, el juez español que tuvo la sensibilidad y recoger estas reclamaciones ante el tribunal europeo y el tribunal europeo que estableció unos principios sobre esta materia. Por delante de la resistencia de los estados de los parlamentos y de sus gobiernos.

Como indica B. Neuborne “La verdadera clave del sistema americano de Derecho Constitucional descansa en una especie de confluencia de abogados sin temor a defender los intereses de sus clientes con lecturas imaginativas del ambiguo Texto Constitucional; jueces independientes investidos del poder de interpretar este Texto Constitucional creativamente para responder a las necesidades de su tiempo...” y añade “Pues bien, pienso que uno de los mayores aciertos de los jueces americanos consiste en haber colaborado con los abogados y juristas americanos en general, en la construcción de un conjunto efectivo de protecciones legales que garantizan los derechos.... La protección judicial de la democracia se consiguió sin un mandato literal claramente establecido y tan sólo después de que una serie de juristas inquietos presentaran ante el poder judicial una materia prima imaginativa para la realización de actos significativos de creación judicial”¹⁶. Por tanto, la primera potencia en el mundo, lo ha sido también por la labor y la colaboración entre abogados y jueces para la construcción de un derecho dinámico, integrador e innovador.

Son muchos los jueces y las sentencias innovadoras producidas por ellos. Citaremos algunos destacados jueces (alguno de ellos

¹⁶ NEUBORNE, B., *El papel de los juristas y del imperio de la Ley en la sociedad americana*, Cuadernos Civitas, Barcelona, 1995, pp.35-36

ejercieron en el comienzo de sus carreras como abogados) y algunas de las sentencias que, a nuestro juicio, son más representativas de este permanente espíritu de cambio e innovación¹⁷. Sin duda, una de las etapas más innovadoras en la Corte Suprema la encontramos bajo la presidencia del juez John Marshall (1755-1835)¹⁸, entre cuyas sentencias innovadoras se encuentran el caso *Marbury versus Madison* (1803) donde Marshall sostuvo que la Corte Suprema podía cambiar una ley aprobada por el Congreso si esta violaba la Constitución¹⁹, consolidando el judicial review y la moderna configuración del control constitucional de las leyes; o la sentencia *McCulloch versus Maryland* (1819), donde falló que el Congreso podía crear un Banco Nacional basándose en la cláusula de comercio, siempre que afecte al comercio interestatal que otorga poderes a Washington.

Otro de los jueces más innovadores y progresistas lo encontramos en Earl Warren (1891-1974), jurista destacado y Gobernador republicano de California. Fue Presidente de la Corte Suprema nombrado por Dwight D. Eisenhower, época clave en la defensa de los derechos civiles en EEUU. Se debe destacar la sentencia *Brown versus Board of Education* (1954), que terminó con la segregación racial de las Escuelas y que fue el comienzo de la revolución para la defensa de los derechos interraciales. Otra de sus sentencias destacadas la encontramos en *Miranda versus Arizona* (1966), donde se establecía que a toda persona acusada de un delito se le informará de sus derechos en el momento de su detención policial.

¹⁷ JIMÉNEZ TELLO, P., *Auditoria Universitaria y Calidad. La evaluación como conquista social ante la competencia universitaria global*, VDM Verlag Dr. Müller, Saarbrücken, Germany, 2009.

¹⁸ SCHWARTZ, B., *Book Legal Lists*, Oxford University Press, 1998, p. 5.

¹⁹ Refiriéndose a la etapa de la presidencia de Marshall son muy significativas las palabras de Jefferson “La Constitución es una mera pieza de barro en las manos de los tribunales, la que ellos pueden moldear y formar de la forma que quieran”.

Otro de los destacados jueces lo encontramos en la brillante figura de la Corte Suprema Norteamericana de Louis D. Brandeis (1856-1941). Abogado en sus comienzos, fue nombrado por el presidente Woodrow Wilson como juez de la Corte Suprema. Gran defensor de la libertad de expresión y del derecho a la intimidad. Sus votos particulares fueron tenidos siempre en cuenta por su seriedad en el planteamiento. Sus publicaciones siempre fueron una referencia, así publicó en la *Harvard Law Review* en 1890 “The right to privacy”, teniendo una gran influencia en la jurisprudencia norteamericana, como el derecho a ser dejado en paz.

Importante destacar, el caso de la jueza Ruth Bader Ginsburg, reconocida abogada defensora de los derechos de la mujer en la ONG American Civil Liberties Union (ACLU). Fue nombrada por Bill Clinton jueza de la Corte Suprema (1993).

Vemos como la tradición norteamericana es un modelo de transformación política a través del derecho, a través de los jueces. Muchos jueces y abogados han pasado a la historia primordialmente por haber sido los agentes del cambio e integración en todos los tiempos.

En el ámbito Europeo es de resaltar la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que entró en vigor en 1953. Son de destacar la calidad de sus sentencias. Veremos como ejemplo alguna de las sentencias en materia de igualdad de género. Es *el caso de la lingüista belga*, conocido como Asuntos lingüístico Belga (1968/3)²⁰; las destacadas sentencia del Tribunal Europeo de

²⁰ El artículo 14 del Convenio establece “*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier situación*”. Desde su creación el TEDH dictaminó por primera vez en 1968, en el caso de la lingüista belga y después de 2009 ha dictaminado violación del artículo 14 en solo 20 ocasiones cita tomada de *Gender Discrimination under EU and ECHR Law: Never Shall the Twain Meet?*, Samantha Besson. *Human Rights Law Review* (2008) 8 (4): 647-682,

Derechos Humanos iniciadas con *Benthem contra Holanda y posteriormente contra Suecia, Austria y Suiza* que obligan a establecer un sistema de recurso judicial de los actos administrativos y unos tribunales contenciosos independientes, ya que hasta ese momento sólo existía un recurso administrativo ante la reina, sobre este tema es muy interesante la lectura del artículo “La armonización europea en el control judicial de la Administración: El papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, de Carlos Padrós y Joan Roca²¹.

La jurisprudencia de los tribunales internacionales ha tenido influencia y la seguirá teniendo en los tribunales nacionales, entre los que se encuentra España. Los Tribunales españoles han sido siempre más innovadores que los tribunales europeos, por ejemplo, en materia de género. El fruto de estas reivindicaciones de largos años, lo encontramos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género y Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

página 656. 33 *Igualdad de género en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*.

Sin embargo, sí se puede apreciar un cierto discurso del Tribunal en la redacción de sus decisiones. Algunas autoras han afirmado que el Tribunal maneja un concepto de discriminación muy formalista y una interpretación de la igualdad de género simplista y paternalista, permaneciendo insensible a los casos de múltiple discriminación 34(Entre estas autoras, Ivana Radacic, *Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *The European Journal of International Law* Vol. 19 no. 4 © EJIL 2008. (Jurisprudencia sobre igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Por otra parte, el TEDH se cita mucho a sí mismo en sus sentencias, haciendo referencia a casos anteriores sobre la misma materia, por lo que sus decisiones mantienen una estructura bastante estable y el lenguaje no cambia drásticamente de una sentencia a otra.

²¹ PADRÓS REIG, C. Y ROCA SAGARRA, J., “La armonización europea en el control judicial de la Administración: El papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, 1995, pp. 233-276.

En relación con los abogados, en Brasil es muy importante el papel que juegan en la presentación de demandas sobre diferencias comerciales en la OMC y, más concretamente, ante el Tribunal Judicial Mundial del Comercio, un tribunal judicial en todo menos en su nombre (Appellate Body). Brasil ha sido uno de los países más activos. Presentó, de 1995 a 2005, 22 demandas, ganando muchas de ellas frente a EEUU y la UE, siendo el fruto del buen trabajo de los abogados brasileños contra el proteccionismo de EEUU, con medidas de salvaguardia sobre productos de acero (DS248, DS249, DS251, DS252, DS253, DS254, DS258, DS259). El Appellate Body le dio la razón derogando la salvaguardia. O el planteado contra la Unión Europea contra las exportaciones de azúcar, reintegro por las exportaciones de azúcar (subvenciones a la exportación del azúcar concedidas por la UE al sector del azúcar) (DS265,266,283), sentencia citada en 44 ocasiones²², condenas de las subvenciones al azúcar europeo. Otra Solución de Diferencias importantes es la Diferencia DS332, sobre medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados. La Reclamación fue presentada por la Unión Europea demandando a Brasil y donde los diplomáticos, apoyados por un equipo de abogados, lograron mostrar la importancia de la salvaguarda del medio ambiente, la excepción XX del GATT. Este caso muestra el excelente trabajo del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil y del Ministerio de Medio Ambiente y de sus equipos jurídicos, como hemos dicho anteriormente, pero también de los jueces del Órgano de Solución de Diferencias, que tuvieron que utilizar el activismo judicial para interpretar un acuerdo de 1947, para reflejar la realidad del medio ambiente de hoy.

Como indicábamos al principio de la introducción, todos sabemos las características que definen a un buen juez y muchos de los valores que preserva, pero a veces nos olvidamos de otros valores que han conformado la innovación judicial moderna y que han sido fruto de un cierto activismo judicial que se vislumbra como una visión permanente de cambio, de innovación de la actividad,

²² Informe de la OMC 2005.

como serían los de: asegurador de la democracia deliberativa; buscador del consenso y garantizador de los procedimientos de negociación y de conciliación previa; asegurador de procesos integrador; y el juez entendido como juez que garantice el principio de checks and balances y el juez como factor de cambio.

Haremos un breve recorrido por cada uno de ellos.

1. El juez como asegurador de la democracia deliberativa

Como indica Adela Cortina “el termino deliberación nació en la vida política antes que en la vida personal. Los ciudadanos atenienses deliberaban en la Asamblea antes de tomar decisiones, ponderaban públicamente los pros y los contras de las alternativas posibles cuestiones, antes de tomar una decisión”²³.

La democracia deliberativa no es decisión de la mayoría. Tampoco es un pacto entre diversos grupos, ni es la suma de decisiones, sino que es la búsqueda de una decisión común a la que entre todos se ha llegado.

El proceso judicial, en realidad, asegura un proceso deliberativo donde las partes pueden expresar sus opiniones sin ser éstas excluidas, como no ocurre en procedimiento parlamentario, donde muchas veces son excluidas por la mayoría parlamentaria. Esto no suceden en el procedimiento judicial: si estas opiniones son fundadas el juez o el tribunal las tomará en cuenta en su deliberación y en la sentencia, pudiendo haber contribuido con estas opiniones de las partes a una nueva jurisprudencia.

2. El juez como buscador del consenso y garantizador de los procedimientos de negociación y de conciliación previa

Cada vez más, las funciones del juez son las de asegurador de una negociación de las partes y la búsqueda de la resolución de conflictos a través de estos procedimientos.

3. El juez como asegurador de un proceso integrador

²³ CORTINA, A., *El País Opinión*, 24 de agosto de 2004.

Esta figura se ve en toda la historia del federalismo norteamericano, ya que la Corte Suprema ha ido resolviendo los conflictos entre los 50 estados y los conflictos de estos con Washington. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha inspirado en este modelo y también ha cumplido un papel de avance e integración en la Unión Europea.

El Tribunal Judicial Mundial del Comercio está cumpliendo este papel de unión, integración y armonización global. Por primera vez podemos decir que hay Global integration through law and Judicial Review, no sólo es una integración global a través del derecho y judicial, sino también a través del Judicial Review donde se someten los estados a las decisiones a este Tribunal. Estados Unidos ha ganado la mitad de sus pleitos, pero ha perdido otros y se cumplen a través de la técnica de la ejecución de sentencias, relación o derecho de retorsión. Hay que esperar que este Tribunal siga integrando en el ámbito global, no sólo en el ámbito del comercio, sino como ya se esta viendo en el ámbito del derecho ambiental, la seguridad alimentaria, el derecho a la competencia y en otros muchos aspectos de la economía o del orden social o cultural, viéndose de nuevo a los jueces, frente al unilateralismo de las grandes potencias, como garantizadores de una integración global y de un equilibrio de poderes entre los estados del mundo. En algunos casos que el Appellate Body dio la razón a México y otros países sobre el abuso de las leyes de antidumping que ejercía EEUU para todos los temas textiles que provenían de México y otros países, dictó una sentencia de transcendencia casi constitucional global. En este caso la presidencia Bush dijo que el tribunal no había aplicado el Tratado de la OMC, sino que hay hecho Law making, o sea que no había aplicado el Tratado sino que había hecho un nuevo Tratado o enmienda parcial al Tratado.

4. El juez entendido como un juez que garantice el principio de checks and balances

El juez debe buscar el equilibrio de poderes, tanto públicos como privados. Un ejemplo de juez integrador lo tenemos en la *Sentencia Marbury versus Madison*, que mucho tiene que ver con el Presidente

de la Corte Suprema en ese momento, John Marshall, considerado como el mejor juez de la historia, referente tanto en EEUU como en el mundo, donde se asienta la lógica del *Judicial review*: “La cuestión de si una ley común que repugna a la Constitución puede llegar a ser una ley válida interesa profundamente a los Estados Unidos; pero afortunadamente no es tan intrincada como interesante. Nos parece que sólo es necesario tomar en cuenta ciertos principios ya que a lo largo del tiempo establecidos para decidirla”. Marshall deja claro que el juez, cuando se encuentra ante una norma contraria a la Constitución, debe no aplicarla, facultad que corresponde a “la verdadera esencia del deber judicial”. Incluida la verificación de la constitucionalidad de las leyes²⁴. En resumen, Marshall afirmó frente a las posiciones de Thomas Jefferson, que no sólo habían sido vulnerados los derechos de Marbury, sino que habían sido vulnerados por Jefferson y su secretario Madison. También afirmó que el Tribunal Supremo era el órgano encargado de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes federales. Por tanto, los jueces son el instrumento de freno y equilibrio frente al poder legislativo.

5. El juez como factor de cambio

Debemos ser conscientes de que hay un sector de la doctrina del Tribunal Supremo y en la magistratura partidario de que la interpretación Constitucional esté presidida por los principios de literalismo, del intencionalismo. Por el contrario, hay otra línea de profesores, juristas y jueces de reconocido prestigio, entre los que se encuentran, B. Neuborne²⁵, John Ely, Laurence Tribe Kenneth Davis, Bernard Schwartz y William Brennan, que propugnan que la intervención del juez debe ir más allá y afrontar abiertamente los retos que los problemas actuales plantean.

²⁴ CARBONELL, M., *Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía Constitucional y el control de la Constitucionalidad*, p. 9 consulta el día 6 de agosto 2012 a las 16 h.

²⁵ Burt Neuborne, abogado de la American Civil Liberties Union (Asociación Americana para la defensa de los Derechos y libertades fundamentales) y profesor universitario.

Refiriéndonos al ámbito norteamericano Neuborne “en términos taxativos y novedosos describe el panorama norteamericano, definiendo una interpretación constitucional francamente creativa”. A partir de la consideración que la Constitución y la Declaración de Derechos (Bill of Rights), sancionada por las diez primeras Enmiendas y por las Enmiendas 13, 14 y 15, revela un principio estructural que exige una lectura organizada en torno al mismo.

En efecto el Texto Constitucional expresa, según Neuborne, un compromiso con la democracia, la descentralización y la dignidad humana, guiado por la voluntad de articular una comunidad política ideal. La Declaración de Derechos concreta el alcance de este compromiso y opera para ello desde el dominio interior del individuo hasta el dominio exterior o colectivo, sancionando los mecanismos protectores necesarios para defender ese modelo ideal de los peligros potenciales que pueden amenazarlo.

La labor de los tribunales debe estar presidida y orientada, en buena lógica, por ese compromiso con una sociedad democrática y tolerante que se refleja en la coherencia interna de los principios del Bill of Rights. Dicho compromiso exige la derivación por el juez de mandatos no textuales, pero estructuralmente implícitos en el Bill of Rights, cuya identificación y definición aquél no puede eludir sin traicionar la voluntad de los “fundadores (constituyentes)”, puesto que resultan imprescindibles para responder, en cada momento histórico, a la aspiración de alcanzar esa sociedad democrática ideal.²⁶

Repasando el camino recorrido en la construcción del sistema democrático, en los Estados Unidos, Neuborne²⁷ pone de relieve “hasta qué punto la valentía e imaginación de la magistratura y los juristas americanos han contribuido a afianzar sus cimientos y a conseguir sus mejores logros. Para abogar, sin vacilaciones y basándose en el mandato constitucional, por la continuación de

²⁶ NEUBORNE, B., *El papel de los juristas ...*, op. cit. p. 23

²⁷ Presidente de la ACIU (Organización de Defensa Jurídica) y profesor de Derecho.

esa labor con el objetivo, probablemente inalcanzable, de superar los muchos obstáculos que todavía se oponen a la implantación de una sociedad verdaderamente democrática²⁸.

Sin duda, el papel crucial de los jueces en la actualidad está siendo un motor de cambio e innovación y de integración global. Camino iniciado en Norteamérica y seguido en el ámbito de la Unión Europea y del resto del mundo.

II. CONCLUSIONES

Podemos concluir que la justicia y el juez juegan un papel muy importante en la globalización y que la justicia cada vez más se entiende como universal, aunque hay que reconocer que la globalización de la protección de los derechos humanos y la globalización ética avanzan a menos ritmo que la globalización económica²⁹ y que, obviamente, la justicia, al tener la función de protección de los derechos humanos es un poder controlador y de freno y equilibrio de ese poder político y económico global.

Como hemos podido observar, no sólo existe una competición entre las empresas de los diversos países del mundo, sino también existe una competición entre los Estados, no siendo sólo una competencia económica, financiera, empresarial y en productividad, sino que también hay una competición en la calidad e innovación de las leyes de un país. A modo de ejemplo observamos como el Estado de California ha sido un referente en el ámbito de las leyes ambientales y que ha servido de modelo a la Unión Europea y al resto del mundo. El Tratado de Kioto no es más que una reproducción de la *Cleaner Act American* de 1970; en calidad jurídica, en calidad de las Administraciones públicas y sus funcionarios y, sobre todo, en la calidad de los jueces y de la justicia y, por tanto, también de los abogados. Esto es un indicador decisivo y la clave para saber si ese país se encuentra en auge o en declive.

²⁸ NEUBORNE, B., *El papel de los juristas ...*, op. cit. p. 27.

²⁹ Revista Europea de Derechos Fundamentales... op. cit., 2003, p. 33.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, R., *El juez español y el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- BALLBÉ MALLOL, M., “El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, *Revista de Administración Pública*, núm. 274, 2007.
- BALLBÉ, M., Y MARTÍNEZ, R.; “Law and globalization” (Coords.J, Robalino y J. Rodríguez Arana) en, *Global Administrative Law*, CMP Publishing, 2010.
- BALLBE, M., MARTÍNEZ, R., Y CABEDO, Y., *La crisis financiera causada por la desregulación del Derecho Administrativo Americano, Administración y justicia, Liber Amicorum en homenaje a Tomás Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, 2012.
- BALLBE, M. y PADROS, C., *El Estado competitivo y armonización europea*, Ariel Derecho, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A., *El del brasileño Atuação pro-ativa do poder judiciario, Bandeira de Mehlo, Administración y Justicia, Vol II, Liber Amicorum Tomás Ramón Fernández*, Madrid, 2012.
- BECKFORD, D. S., *Power and Judicial Activism in the WTO. The Appellate Body's Interpretation of Trade Remedy Agreements*, Saarbrücken, Germany, VDM Verlag Dr. Müller, 2008.
- CARBONELL, M., *Marbury vesus Madison: en los orígenes de la supremacía Constitucional y el control de la Constitucionalidad*, p. 9 consulta el día 6 de agosto 2012 a las 16 h.
- CORTINA, A., *El País Opinión*, 24 de agosto de 2004
- CHAYES, A., “The role of de judge in public law litigation”, *Harvard Law Review*, 1976.
- CUSHMAN, B., “NFIB Versus Sebelius and the transformation of the taxing Power”, *Notre Dame Review*, núm. 133, Barcelona, 2013, noviembre.
- FERNANDEZ PEREIRA, J. P., *La Seguridad Humana*, Barcelona, Ariel, 2006.
- INFORME de la OMC 2005.

JIMÉNEZ TELLO, P., *Auditoria Universitaria y Calidad. La evaluación como conquista social ante la competencia universitaria global*, VDM Verlag Dr. Müller, Saarbrücken, Germany, 2009.

JIMÉNEZ TELLO, P., BALLBE MALLOL, M.; “Auditoria y evaluación como instrumento decisivo para el desarrollo global de los derechos de la mujer en el sociedad del conocimiento”, *NOMOS, Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Ceará*, vol., 30.1, 2010, jan- jul.

NEUBORNE, B., *El papel de los juristas y del imperio de la Ley en la Sociedad americana*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, Cuadernos Civitas, 1995.

PADROS REIG, C. y ROCA SAGARRA, J., “La armonización europea en el control judicial de la Administración: El papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, 1995, pp. 233-276.

Revista Europea de Derechos Fundamentales, Fundación Manuel Broseta, 2003.

ROBERTSON, D., *The Judge as Political Theorist*, Princeton University Press; Princeton and Oxford, 2010.

SCHWARTZ, B., *Book Legal Lists*, Oxford University Press, 1998.

VISCUSI, W. K., *Regulation though litigation*, Broking, 2002 B.