

LA PRIVATIZACIÓN DE LA POLÍTICA

Nicolas Hutten

1. Introducción

Siempre ha existido una cierta tendencia de los regímenes políticos a dejar que el poder se concentre en manos de unos pocos, a pesar de las leyes fundamentales o normas constitucionales. Es la famosa «ley de hierro de la oligarquía» recordada por el profesor Dalmacio Negro Pavón en un libro publicado en 2015 (1). Sin embargo, parece que hoy, en el contexto contemporáneo de avanzada descomposición política, el poder político está más que nunca al alcance de oligarquías que a menudo ocultan sus actuaciones tras el decorado de la democracia liberal y el Estado de Derecho. La ciencia política puede ilustrar este fenómeno estudiando el trabajo de los grupos de presión o *think tanks*, el vaivén de las élites entre el gobierno, la alta administración y las grandes empresas, el activismo de las asociaciones de defensa de las «minorías» o del medio ambiente, etc. En cada caso, un pequeño grupo no basta por sí solo para controlar el proceso político. En cada caso, un pequeño grupo consigue imponer sus intereses al conjunto de la comunidad tomando el control de determinadas instituciones. Se trata de una forma de privatización de la política por una oligarquía.

2. La instrumentalización de los tribunales

El objetivo aquí no es abordar este fenómeno en su totalidad, sino destacar uno de sus aspectos menos llamativos: la instrumentalización de las instituciones jurisdiccionales por parte de diversas oligarquías con el fin de influir

(1) Dalmacio NEGRO PAVÓN, *La ley de hierro de la oligarquía*, Madrid, Encuentro, 2015.

en las instituciones y el derecho no sólo de los Estados, sino también de las organizaciones internacionales. Para ello, es posible observar los métodos y estrategias que permiten a estas oligarquías promover el establecimiento de instituciones jurisdiccionales a través de las cuales consiguen luego hacerse con el control, al menos parcial, del contenido de las leyes y de su aplicación. La relativa complejidad del tema proviene del hecho de que se trata de una forma indirecta de privatización de la política. En efecto, en principio, las instituciones judiciales no actúan en el ámbito de la política *stricto sensu*: su función es decir la ley y no gobernar. En teoría, por tanto, no es posible la acción política a través del juez. Y, sin embargo, en la práctica es así. Esto se debe a que los Estados modernos llevan varias décadas dando cabida a lo que comúnmente se denomina «gobierno de los jueces».

La expresión data de un famoso libro escrito por Edouard Lambert en 1921: *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*. En esta obra, el autor describe la guerra de guerrillas emprendida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos contra el desarrollo de la legislación social en ese país. A partir de 1905 (2), el Tribunal Supremo se arrogó el derecho de censurar los actos «caprichosos y arbitrarios» del legislador (una especie de control del exceso de poder legislativo) y sobre esta base censuró las diversas leyes relativas a la protección de los trabajadores en nombre de la libertad contractual garantizada por la Constitución. De este modo, el Tribunal Supremo sirvió a los intereses de la oligarquía empresarial estadounidense, más tarde denominada «barones ladrones» (*robber barons*) (3). Esta situación sólo cesó en 1937 (4) bajo la presión del Presidente Roosevelt, que había sido reelegido triunfalmente con el objetivo de implantar el *New Deal*. Oficialmente, desde entonces, se supone que el Tribunal Supremo ha renunciado a gobernar.

(2) *Lochner* contra *Nueva York*, 198 U.S. 45 (1905),

(3) Véase, por ejemplo, Marianne DEBOUZY, *Le capitalisme sauvage aux États-Unis (1860-1900)*, París, Le Seuil, 1991.

(4) *National Labor Relations Board (N.L.R.B.)* contra *Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. 1, 30 (1937)

Así, en 2011, la profesora Elisabeth Zoller escribió: «El mito del gobierno judicial es un espantajo político científicamente falso, tanto si se aplica al poder ejecutivo, donde nunca ha tenido mucho peso, como al legislativo, donde es un recuerdo lejano» (5).

Sin embargo, si nos fijamos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a lo largo del siglo XX, está claro que es a través de él como se han impuesto en el conjunto de Estados Unidos una serie de importantes evoluciones sociales: el aborto, la liberalización del porte de armas, la homosexualidad, la protección de las industrias frente a las limitaciones medioambientales, etc. La mayoría de las veces, estas decisiones del Tribunal han sido bien acogidas por la mayoría de los observadores, más bien favorables a las mismas (6). Pero la reciente decisión en el caso *Dobbs contra Jackson Women's Health Organization*, de 24 de junio de 2022, ha vuelto a poner de actualidad la cuestión de la gobernanza judicial. Es bien sabido que, en esta decisión, el Tribunal Supremo anuló la sentencia *Roe contra Wade*, de 22 de enero de 1973, que obligaba a los Estados a no prohibir los abortos procurados. Esta ominosa sentencia fue anulada tras seis nombramientos realizados por los presidentes Bush y Trump en los últimos treinta años. Y estos nombramientos fueron el resultado del trabajo a largo plazo de los diversos movimientos conservadores estadounidenses, que lo convirtieron en uno de los criterios de selección de los candidatos a las elecciones presidenciales. En cierto modo, la decisión *Dobbs* ilustra que las organizaciones cuyos representantes han perdido el control de las instituciones políticas son, no obstante, capaces de recuperar cierto poder a través de las instituciones judiciales. La profesora Elisabeth Zoller observó que, paradójicamente, la decisión de 1937 por la que el Tribunal

(5) Élisabeth ZOLLER, «Considérations sur les causes de la puissance de la Cour suprême des États-Unis et de sa retenue», *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 33 (2011), pp. 231-251. DOI: 10.3917/nccc.033.0231. URL: <https://www.cairn.info/revue-nouveaux-cahiers-conseil-constitutionnel-2011-4-page-231.htm>.

(6) Véase, por ejemplo, Caroline FREDRICKSON, *La Cour suprême, le pouvoir suprême: Le danger que pose la Cour suprême aux États-Unis*, París, L'Harmattan, 2023.

Supremo renunciaba oficialmente al gobierno de los jueces manifestaba en cierto modo la posibilidad de tal gobierno a los ojos de todos: lo que el Tribunal renuncia un día, puede recuperarlo otro día (7).

3. ¿Gobierno de los jueces ?

Antes de profundizar en la actualidad de este fenómeno, queda por precisar qué se entiende por gobierno de los jueces. Para ello, debemos empezar por recordar que el oficio del juez consiste, en principio, en declarar el derecho en el ámbito de la justicia particular. Para ello, le corresponde aplicar una norma que puede ser escrita (derecho positivo) o no escrita (derecho natural). Los distintos modos de razonamiento del juez están muy bien descritos por Aristóteles en el libro V de la *Ética a Nicómaco*: en el contexto de los intercambios entre ciudadanos iguales (justicia conmutativa), el juez evalúa el derecho de cada parte mediante una regla aritmética gracias a la cual puede dar a cada uno lo que le corresponde. En el contexto de las relaciones entre los ciudadanos y la ciudad, el juez utiliza una regla geométrica para evaluar la parte de la riqueza común que corresponde a cada uno en función de su contribución al bien común (justicia distributiva). Y en el contexto de la justicia legal, cuando se plantea un caso no previsto por el legislador, el juez debe fallar según la norma que el legislador habría adoptado si hubiera tenido conocimiento del caso (es la hipótesis de la equidad). Así pues, desde una perspectiva clásica, el juez nunca decide arbitrariamente del derecho: siempre le corresponde aplicar una norma preexistente. Pero no se trata de una aplicación servil, ya que el juez debe velar por que su decisión sea justa en relación con un

(7) *Cahiers du conseil constitutionnel* (París), n. 20 (2006), «Dossier: revirements de jurisprudence du juge constitutionnel»: «El Tribunal Supremo es aparentemente muy libre de revocar su jurisprudencia a su antojo y de atribuir a sus revocaciones los efectos que estime más oportunos. Esta libertad total del Tribunal, que confiere a la regla de la retroactividad de las revocaciones de la jurisprudencia un carácter atormentado, incluso caótico, es muy difícil de apreciar por una doctrina que aspira a más consistencia y coherencia».

ordenamiento objetivo. Aristóteles describe así al juez como una «ley viva». La filosofía moderna ha roto completamente con esta concepción del derecho y del oficio de juez que se desprende de ella.

En efecto, los filósofos de la Ilustración, como Montesquieu, pretendieron reducir al juez al rango de mera «boca de la ley», un «poder nulo», con el fin de racionalizar el derecho. Pero, al mismo tiempo, estos filósofos conceptualizaron un sinnúmero de derechos y libertades individuales que luego se consagraron en las constituciones o en declaraciones anejas a ellas. La peculiaridad de estos derechos es que son puras abstracciones supuestamente basadas en la naturaleza humana. Así pues, la mayoría de los derechos y libertades garantizados por las constituciones o por los convenios internacionales se caracterizan por una cierta incoherencia. En consecuencia, cuando el juez pretende aplicarlos, no puede remitirse a una norma preexistente y, por tanto, no puede decir cuál es el derecho *stricto sensu*. En consecuencia, no tiene más remedio que decidir arbitrariamente lo que le parece correcto, y la mayoría de las veces en un ámbito que es de justicia general y no de justicia particular. Por consiguiente, cuando se trata de aplicar los derechos y libertades fundamentales garantizados por las constituciones o los convenios internacionales, el juez no tiene más remedio que gobernar. En cierto modo, es lo que admitió el profesor Jacques Robert al final de los nueve años que pasó en el Consejo Constitucional francés: «Los jueces no quieren gobernar. Pero a veces se ven obligados» (8). Desde el principio, en 1820, el Presidente Jefferson había percibido el peligro: «Considerar a los jueces como árbitros últimos de todas las cuestiones constitucionales es una doctrina verdaderamente peligrosa que nos colocaría bajo el despotismo de una oligarquía» (9). Y en su libro sobre el *Gobierno de los jueces*, el profesor Edouard Lambert sugería que se

(8) Jacques ROBERT y Dominique ROUSSEAU, «Neuf années au Conseil constitutionnel», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (Lyon), n. 5/6 (1998), p. 1755.

(9) Séverine BRONDEL, Norbert FOULQUIER y Luc HEUSCHLING (eds.), *Gouvernement des juges et démocratie*, París, Publications de la Sorbonne, 2001, nota 41, p. 71.

eliminaran de las constituciones todas las referencias a los derechos humanos (10).

Por esta razón, hasta la segunda mitad del siglo XX, la mayoría de los Estados europeos se negaron a establecer un tribunal supremo similar al tribunal estadounidense. Y si estos mismos Estados llegaron a aceptarlo después de la Segunda Guerra Mundial fue a causa de la influencia de los Estados Unidos, influencia que se describe ahora en numerosos trabajos, en particular los del profesor Antonin Cohen, que ha documentado la implicación de la Fundación Ford, la Fundación Rockefeller, la CIA y numerosos académicos y juristas estadounidenses en el establecimiento de las instituciones europeas y en la redacción de la constitución alemana (11). Las motivaciones que empujaron a estos distintos grupos a implantar el modelo estadounidense en Europa son muy diversas: impedir el retorno del nazismo y el fascismo, bloquear la expansión soviética, ofrecer garantías jurídicas a los dominantes estadounidenses, etc. Sin embargo, el profesor Cohen concluye que estos diferentes grupos también actuaron para asegurarse el acceso al poder a través de instituciones como los tribunales supremos nacionales y europeos (12).

4. Algunos libros recientes

Varios trabajos publicados en 2018 y 2019 han demostrado que esta estrategia no ha perdido ni un ápice de su relevancia en Europa. El primer estudio es de la investigadora rumana Cristina Parau, titulado *Transnational networking*

(10) Edouard LAMBERT, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, París, Dalloz, 2005, nota 2, p. 231.

(11) Antonin COHEN, «La Constitution européenne. Ordre politique, utopie juridique et guerre froide», *Critique internationale* (París), n. 26 (2005), pp. 119-131.

(12) «En la competencia entre grupos sociales nacionales por preservar o aumentar sus posibilidades de acceso a posiciones de poder [...] reside una posible fuente de explicación de la reproducción internacional de formas y categorías jurídicas específicamente nacionales, como la Constitución, cuya función social es, hoy como ayer, dar autoridad al discurso de legitimación del orden político específico que estos grupos tratan de promover» (*ibid.*).

and elite empowerment; the backstage of judicial power in contemporary Europe and beyond (13). El libro describe los procesos que condujeron al establecimiento de un esquema judicial uniforme en los Estados de Europa del Este tras la caída del comunismo. De hecho, a principios de la década de 1990, la creación de un Tribunal Constitucional, un Consejo del Poder Judicial y una Escuela de la Magistratura no era algo habitual en los Estados de Europa del Este. Estados como Polonia, Rumanía, Hungría y la República Checa no querían abandonar sus instituciones históricas. Sin embargo, todos se resignaron a establecer el mismo sistema judicial.

Para explicar este fenómeno, Cristina Parau realizó más de un centenar de entrevistas a las «élites» de Alemania, Noruega, Gran Bretaña y varios miembros de las instituciones de la Unión Europea. Estas entrevistas le permitieron constatar la existencia de una red transnacional compuesta por la «*crème de la crème*» de jueces, profesionales del derecho, funcionarios internacionales, universitarios y periodistas. Los miembros de esta red «comparten un sentimiento de identidad de élite, solidaridad y acción colectiva; una cultura del consenso que sirve para consolidar el poder mitigando los conflictos internos». Pero esta red no tiene una estructura institucional fija. La coordinación e interdependencia entre sus distintos miembros se produce de forma *ad hoc* en el seno de los organismos supranacionales europeos. Las élites que se desvían del modelo son excluidas o marginadas mediante estrategias de condena y humillación pública. Y la retórica del Estado de Derecho es muy eficaz para ello.

Esta red transnacional ha conseguido así saltarse los límites institucionales de la Unión Europea para imponer las mismas instituciones. Estados como Polonia y Hungría no se dieron cuenta de que estaban aceptando crear una especie de *juristocracia* que facultaba a los jueces para «aplastar a los políticos con sus propias preferencias sobre la base espuria de textos constitucionales que, de hecho, guardan silencio sobre los asuntos en cuestión». El actual tira y afloja entre estos Estados

(13) Cristina E. PARAU, *Transnational Networking and Elite Self-Empowerment, The Making of the Judiciary in Contemporary Europe and Beyond*, Oxford, British Academy Monographs, 2018.

y la Unión Europea sobre la organización del poder judicial en estos países se explica principalmente por este proceso.

Este primer estudio fue reforzado y completado poco después de su publicación por un libro de Gaëtan Cliquennois y publicado en 2020 bajo el título *European Human Rights Judges and Privatisation: The Growing Influence of Foreign Private Funds* (14). En este libro, el investigador describe la influencia que varias fundaciones privadas norteamericanas han logrado adquirir sobre los tribunales europeos. Entre 2006 y 2015, la Fundación Ford, la Fundación MacArthur, la Fundación Oak y la Fundación Open Society invirtieron más de 138 millones de dólares. Los modos de actuación aplicados son muy diversos:

– Intervención en el proceso de nombramiento de jueces a través de las ONG a las que apoyan (p.158).

– Financiación de ONG como *Human Rights Watch*, cuyos informes son luego utilizados por el Tribunal como base para sus decisiones (p.138).

Pero es sobre todo apoyando las demandas susceptibles de favorecer sus intereses como estas fundaciones consiguen obtener «sentencias piloto» que modifican significativamente el derecho europeo en su conjunto. En efecto, las instituciones de la Unión Europea y los tribunales de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa están obligados a aplicar las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en consecuencia, a desarrollar su propia legislación.

El principal objetivo de estas grandes fundaciones es promover el libre comercio para servir a los intereses económicos de las grandes empresas que las financian. Los países de Europa del Este, incluida Rusia, han sido objetivo específico para permitir que estas empresas se hagan con el control de parte de su economía. Las demandas relacionadas con las políticas penales o las condiciones de custodia de los presos recibieron apoyo para debilitar el aparato de seguridad de estos Estados. Del mismo modo, se ha invertido en litigios relacionados con los romaníes y los inmigrantes para pro-

(14) Gaëtan CLIQUENNOIS, *European Human Rights Justice and Privatisation: The Growing Influence of Foreign Private Funds*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

mover la libre circulación de bienes y personas (p. 252). De forma más general, estas fundaciones pretenden debilitar las identidades nacionales para favorecer el desarrollo de sociedades multiétnicas más dependientes de las organizaciones internacionales que de los Estados (p. 256). Así, en los países de tradición cristiana, estas fundaciones apoyan las reivindicaciones de los Testigos de Jehová o de los musulmanes conservadores, así como las de los partidarios del aborto, la homosexualidad y la eutanasia. El libro de Gaëtan Cliquennois permite así comprender que la jurisprudencia «progresista» de los tribunales europeos, y en particular del TEDH, no es fruto de la casualidad: es el resultado del trabajo paciente de estas grandes fundaciones, que consiguen así hacerse con una parte considerable del poder político en Europa.

Estas conclusiones fueron finalmente corroboradas por un informe del *European Center for Law and Justice* en el mismo año (2020). No se trata de una investigación académica, sino de una encuesta realizada por una ONG cristiana norteamericana que intenta oponerse a las fundaciones mencionadas implicándose también en los trabajos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, esta ONG dispone de muchos menos recursos financieros que sus competidoras. Su amplia experiencia en el funcionamiento de la institución le ha permitido documentar de forma muy precisa los resultados obtenidos por las fundaciones mencionadas. El informe muestra que entre 2009 y 2019, de los casi 100 jueces nombrados para el Tribunal, 22 lo fueron tras haber colaborado en mayor o menor medida con ONG como la Open Society Foundation (12), Amnistía Internacional (3), los Comités de Helsinki (7) o Human Rights Watch. Y de estos 22 jueces, 18 se han sentado en casos relacionados con las ONG con las que habían colaborado. Se trata, evidentemente, de hechos muy graves y claramente contrarios a los principios de un juicio justo que el propio TEDH impone con gran rigor a los Estados miembros. Además de la evidente falta de imparcialidad de los jueces, se ha vulnerado el principio de igualdad de armas: a diferencia de sus oponentes, los demandantes apoyados por las fundaciones se benefician *de facto* de recursos considerables.

5. Conclusión

Estos diversos trabajos tienen el mérito de documentar de manera precisa y rigurosa los fenómenos que permiten a ciertas oligarquías hacerse hoy con el control de sectores enteros de la política a través de las instituciones jurisdiccionales que han contribuido a crear. La actitud de las instituciones y redes afectadas habla por sí sola: no han intentado cuestionar estos trabajos ni denigrar la integridad de sus autores. La estrategia adoptada ha sido la del silencio, que la mayoría de los periodistas y universitarios europeos se han cuidado de no perturbar, ilustrando así el funcionamiento de la red descrita por Cristina Parau. En cierto modo, nada ha cambiado desde los «barones ladrones» de principios del siglo XX. Salvo que la difusión del modelo americano, sobre todo en Europa, ha aumentado los resortes de que disponen las distintas oligarquías para privatizar la política.