

ESTUDIOS

ATAQUES RECIENTES A LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: LO VULGAR, LO SISTÉMICO, Y LO INSIDIOSO¹

JAMES E. MOLITERNO

*Vincent Bradford Professor of Law
Washington and Lee University School of Law*

PETER ČUROŠ

*Postdoctoral Fellow, Department of Private Law
University of Oslo*

TRC, n.º 50, 2022, pp. 117-164
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Introducción. II. Independencia judicial y rendición de cuentas: antecedentes. III. Ataques vulgares. IV. Ataques sistémicos. V. El ataque insidioso. VI. Comparaciones y pensamientos finales.

I. INTRODUCCIÓN

Los ataques a la independencia judicial se presentan de muchas formas. Algunos son vulgares, embarazosos y, con frecuencia, terminan como intentos torpes y carentes de pericia. Otros son sistémicos, debilitando las estructuras legales creadas para garantizar la independencia. Otros son esfuerzos insidiosos diseñados para socavar la confianza pública que sustenta un Poder Judicial independiente. En este artículo se compararán ataques recientes de los tres tipos y se discutirá su probabilidad de éxito.

1 Este trabajo fue originalmente publicado en la *German Law Journal*, vol. 22, número especial titulado «Judges Under Stress», de octubre de 2021, pp. 1159-1191. Agradecemos a la Cambridge University Press y a los autores del trabajo la autorización para publicar aquí una versión castellana del mismo.

La traducción al castellano del original ha sido realizada por Daniel del Valle-Inclán Rodríguez de Miñón, Profesor de Derecho Público en la Universidad Camilo José Cela de Madrid.

Los esfuerzos vulgares son interferencias directas en jueces concretos, en casos y asuntos particulares. Un representante político estatal, por ejemplo un ministro, se acerca a un juez con una petición para que falle sobre un caso específico en la línea deseada por el Gobierno. Podría ser, por ejemplo, ocasionar un resultado político que le dé más poder al Gobierno, o un resultado financiero que favorezca a un funcionario estatal o algún amigo de este. Los intentos también parecen ofensivos, ya que el actor que acomete tal ataque parece no poder evaluar la situación. Es un ataque que ejerce presión directa sobre el destinatario, con pleno conocimiento de la inmoralidad o ilegalidad de la acción. Si las instituciones formales son estables, tal ataque parece más torpe que peligroso. Estos intentos pueden producir el resultado deseado por quien lo promueve, pero es poco probable que causen daños graves, duraderos o generalizados al Poder Judicial de un país. Contrarrestar un ataque vulgar puede incluso producir ganancias en la independencia judicial cuando los esfuerzos se dan a conocer a la ciudadanía y provocan la indignación pública. Alternativamente, si las instituciones democráticas del país son débiles, las consecuencias de un incidente aislado pueden producir daños graves.

Los ataques sistémicos apuntan a un cambio estructural que permita al Gobierno controlar o influir de manera decisiva en las futuras sentencias judiciales. A veces, tales cambios se disfrazan como medidas legítimas de reforma judicial. Los ataques de este tipo son efectivos para dañar las estructuras de la independencia judicial y, a menos que se produzca un cambio político, pueden tener efectos devastadores y duraderos sobre dicha estructura. Sin embargo, si cambia el partido gobernante, como sucede con frecuencia en Europa Central y Oriental, el daño sistémico puede repararse y restaurarse así la independencia judicial.

Los esfuerzos insidiosos pueden ser los más peligrosos y tener los efectos más duraderos. El éxito de cada Poder Judicial, y el país al que sirve, depende de la confianza de la ciudadanía. Si los ataques capciosos logran debilitar la citada confianza en dicho poder, es posible que ni siquiera un cambio político pueda reconstruir a Humpty Dumpty (personaje de una canción infantil inglesa). Son ataques dirigidos a la legitimidad del Poder Judicial. Los actores políticos que los encabezan centran, en primer lugar, su retórica hacia la ciudadanía, afirmando que si sus promesas no se cumplen es por culpa de los jueces que se oponen a cualquier cambio positivo. De esta manera los actores políticos buscan maximizar su propio poder al disminuir la confianza de los ciudadanos en el Poder Judicial.

En los últimos años han sido evidentes las iniciativas para atacar y socavar la independencia judicial. Aquí se compararán brevemente los acontecidos en la República Checa, Eslovaquia, Polonia, Hungría y los EE. UU.

El apartado II comienza con la distinción entre la independencia como un rasgo personal y como un requisito estructural, siendo este último el objeto de nuestro enfoque. Además, se explican los conceptos de independencia y rendición de cuentas, así como ejemplos de aplicación incorrecta de esto último y de cómo ello constituye un atentado a la independencia del Poder Judicial. El apartado III aborda el primer tipo de ataque, el vulgar, que termina de manera torpe

o devastadora. Un ejemplo de tal intento se produjo en la República Checa y Eslovaquia. El apartado IV desarrolla la segunda clase de ataque, el sistémico, como cuando la mayoría parlamentaria intervino en el Poder Judicial en Hungría y Polonia. Finalmente, el apartado V presenta el tercer tipo de ataque, el insidioso, que se explica a través del caso de Estados Unidos.

II. INDEPENDENCIA JUDICIAL Y RENDICIÓN DE CUENTAS: ANTECEDENTES

Académicos y actores estatales clave a menudo no están de acuerdo con el significado fundamental y la importancia de la independencia judicial². Además, el concepto se aborda desde varias perspectivas. La independencia judicial es perceptible, al menos en dos connotaciones comunes. En una tiene que ver con la conciencia interna de un juez y el compromiso de decidir los casos de acuerdo con ese fuero interno, una garantía de carácter apropiado e independencia mental³. En otra, se trata de un conjunto de estructuras que buscan aislar a los jueces de la influencia de los actores estatales (mecanismos institucionales de control dentro de la estructura constitucional). Esta noción se denominará independencia estructural.

El primer significado es especialmente prominente en los códigos de conducta judicial. Las definiciones de independencia judicial se basan explícitamente en esta idea de la buena conciencia del juez individual⁴. Por el contrario, documentos internacionales como las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁵, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁶, y

2 Véase LEVINSON, S., «Identifying «Independence»: The Role of the Judge in the Twenty-First Century», *B. U. L. Rev.*, n.º 86, 2006, p. 1297.

3 Véase FEREJOHN, J., «Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence», *S. Cal. L. Rev.*, n.º 72, 1999, p. 353; KARLAN, P. S., «Two Concepts of Judicial Independence», *S. Cal. L. Rev.*, n.º 72, 1998, p. 535.

4 Para consultar un código internacional de ética judicial, véase Bangalore Principles of Jud. Conduct of 2002, Nov. 25-26, 2002, U.N. Doc. E/CN.4/2003/65 Annex at para. 1.2 (Jan. 10, 2003). Para códigos nacionales de ética judicial, véase Jud. Code of Conduct, The Jud. Council of the Slovak Republic (2015), <https://www.sudnarada.gov.sk/data/files/697.pdf> Act of 27 July 2007, Law on Common Courts Organisation, J.L. 2001, No. 98, item 1080 (Poland), https://www.legislationline.org/download/id/6754/file/Poland_Law_Common_Court_Organisation_2016_en.pdf.

5 Para una revisión de cómo el TJUE evalúa la independencia externa, véase el Asunto C-64/16, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, ECLI:EU:C:2018:117, para. 44 (Feb. 27, 2018) (Protecting the judicial branch from other branches of power and ensures the absence of any hierarchical constraint or subordination to any other body, from internal independence, which is linked to impartiality). Véase también el Asunto C-503/15, Margarit Panicello v. Pilar, ECLI:EU:C:2017:126, para. 38 (Feb. 16, 2017); Asunto C-222/13, TDC A/S v. Erhvervsstyrelsen, ECLI:EU:C:2014:2265, para. 31 (Oct. 9, 2014); Asunto C-203/14, Consorci Sanitari del Maresme, ECLI:EU:C:2015:664, para. 20 (Oct. 6, 2015); Asunto C-506/04, Graham J. Wilson v. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, ECLI:EU:C:2006:587, para. 52 (Sept. 19, 2006).

6 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Eur. Ct. HR) distingue entre independencia externa e interna, donde la independencia interna se define: «Independencia requiere que se esté libre de directrices o presiones de los compañeros jueces o de quienes puedan tener responsabilidades administrativas en la Corte,

recomendaciones y opiniones de organizaciones de la Unión Europea (UE)⁷ y el Consejo de Europa (CoE)⁸ la definen como ampliamente enfocada en las estructuras y no tanto en el buen carácter interno de un juez. Ambas perspectivas son esenciales para abordar la independencia judicial. El sistema judicial no puede ser completamente independiente si no se satisfacen ambas categorías. Un Poder Judicial que está perfectamente aislado de los intereses políticos no puede tener éxito sin jueces que estén dispuestos a resistir la presión de los actores que quieren influir en su toma de decisiones. Además, los jueces honrados no pueden resistir los mandatos de un poder político si la ley los reconoce como legales. Solo si se cumplen ambas acepciones se asegura el requisito de un tribunal independiente, separado estructural, organizativa y funcionalmente de otras autoridades públicas, un tribunal soberano en el que juzguen jueces imparciales⁹.

Siendo consciente del significado de «bondad innata» de la independencia, este artículo habla de ella en el sentido de aislamiento de la interferencia del actor estatal en la toma de decisiones de los jueces. Se centrará, por tanto, en las intervenciones externas al Poder Judicial de los agentes estatales, y sus intentos de reformarlo o atacarlo.

En última instancia, ¿qué es la independencia en términos judiciales?¹⁰ En el sentido estricto, y más preciso, la independencia procura aislar la toma de decisiones de un juez de la interferencia del electorado y de los poderes legislativo y ejecutivo electos. Así considerado, los jueces en algunos sistemas legales son más independientes que en otros. Además de administrar justicia, deben estar protegidos de presiones indebidas dentro del Poder Judicial, pudiendo provenir estas

como su Presidente o el Presidente de una división en la Corte». *Parlov-Tkalčić v. Croatia*, App. No. 24810/06, para. 86 (Dec. 22, 2009), <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-1194>. Así, la independencia judicial interna en Eur. Ct. H.R. regula la relación entre los jueces, como la que existe entre un miembro de un tribunal y su Presidente, pero también se refiere a la relación entre un juez y «su» ejecutivo de la Corte. Véase, por ejemplo SILEN, J., «The Concept of 'Internal Judicial Independence' in the Case Law of the European Court of Human Rights», *Eur. Const. L. Rev.*, n.º 15, 2019, p. 104, 111.

7 Véase Red Europea de Consejos de Justicia, independencia, responsabilidad y calidad del poder judicial (2016-2017), https://www.encj.eu/images/stories/pdf/workinggroups/independence/encj_report_ia_ga_adopted_ga_13_6.pdf [<https://perma.cc/VTH5-VWWM>] (En el que la Red Europea de Consejos de Justicia (RECJ), institución consultiva de la Comisión Europea, distingue entre la independencia objetiva del poder judicial en su conjunto y la independencia objetiva y subjetiva individual).

8 El Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE), las organizaciones consultivas del Consejo de Europa (CoE), diferencian entre independencia estatutaria, funcional y financiera. CCJE, Magna Carta of Judges (Nov. 17, 2010), <https://rm.coe.int/16807482c6> [<https://perma.cc/MP6Q-A7DT>] [en adelante Magna Carta of Judges]. CCJE, Opinion no. 1 (Nov. 23, 2001).

9 Véase GAJDA-ROSZCZYŃSKA, K. y MARKIEWICZ, K., «Disciplinary Proceedings as an Instrument for Breaking the Rule of Law in Poland», *Hague J. Rule L.*, 12, 2020, p. 451-453.

10 Véase, por ejemplo, KAUFMAN, I. R., «The Essence of Judicial Independence», *Colum. L. Rev.*, n.º 80, 1980, p. 671; BURBANK, S. B., «What Do We Mean By «Judicial Independence»?», *Ohio St. L. J.*, n.º 64, 2003, p. 323; GEYH, C. G., «Judicial Independence, Judicial Accountability, and the Role of Constitutional Norms in Congressional Regulation of the Courts», *Ind. L. J.*, n.º 78, 2003, p. 153.

de las estructuras jerárquicas y autoritarias de los tribunales, reduciendo así la autonomía de los jueces individuales¹¹. Por lo tanto, la independencia debe asegurarse tanto desde el exterior como desde el interior del Poder Judicial.

En la doctrina, se ha convertido en un tema muy debatido¹². La «independencia judicial» ha ganado tal reputación que su mera invocación es suficiente para poner fin a algunas conversaciones al respecto. Sin embargo, como han reconocido algunos autores, puede haber demasiada independencia judicial y, en ausencia de suficiente rendición de cuentas, las consecuencias pueden ser graves. Este Poder Judicial irresponsable puede conducir a «favorecer la independencia institucional de los jueces (o más bien de los altos funcionarios judiciales), en detrimento de la independencia judicial individual y la imparcialidad de los jueces»¹³, hasta el punto de crear una auténtica supremacía judicial¹⁴.

Por lo tanto, la independencia judicial no es un valor absoluto, pero como la mayoría de los conceptos cuidadosamente definidos debe usarse como una cuestión de proporción. En lugar de entenderla como un concepto de «más es mejor», se puede observar que, de hecho, existe una «cantidad correcta de independencia judicial», como señaló Owen Fiss hace décadas en su trabajo sobre las democracias emergentes en América Latina¹⁵. Los jueces deberían estar protegidos de influencias indebidas. Sin embargo, cuanto más se expande y penetra el Poder Judicial en la política y en la sociedad, más se debe controlar y rendir cuentas¹⁶.

Para una comprensión adecuada de la independencia judicial, es igualmente necesario considerar la rendición de cuentas por parte del Poder Judicial¹⁷. Esta podría representarse en dos planos: el personal y el institucional. En el primer caso se entiende como una «capacidad de respuesta y un 'sentido de responsabilidad', una voluntad de actuar de manera transparente, justa y equitativa. La rendición de cuentas, utilizada en este sentido más activo de virtud, se refiere a

11 Véase SILLEN, supra cit. 6; KOSAŘ, D., *Perils of judicial self-government in transitional societies*, 2017, p. 132-133.

12 Véase POPOVA, M., *Politicized Justice in Emerging Democracies: A Study of courts in Russia and Ukraine*, 2012; COMAN R. y DALLARA, C., «Judicial Independence in Romania», in SEIBERT-FOHR, A. (ed.), *Judicial Independence in transition*, 2012, pp. 835-848; PIANA, D., *Judicial accountabilities in new Europe: From rule of Law to quality of Justice*, 2010; PĂRĂU, C., «The Drive for Judicial Supremacy, in Judicial Independence in transition», en SEIBERT-FOHR, A. (ed.), *Judicial Independence in transition*, 2012, pp. 665; KOSAŘ, D., «Politics of Judicial Independence and Judicial Accountability in Czechia: Bargaining in the Shadow of the Law between Court Presidents and the Ministry of Justice», *Eur. Const. L. Rev.*, n.º 13, 2017, p. 96.

13 BOBEK M. y KOSAŘ, D., «Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe», *German L. J.*, n.º 15, 2014, p. 1257, 1290.

14 Véase PĂRĂU, supra cit. 12.

15 Véase FISS, O., «The Right Grade of Independence», en STOTZKY, I. P. (ed.), *Transition to Democracy in Latin America: the role of the judiciary*, 1993, p. 55.

16 Véase PIANA, D., «Beyond Judicial Independence: Rule of Law and Judicial Accountabilities in Assessing Democratic Quality», *Compar. Socio.*, n.º 9, 2010, pp. 40-64, 42.

17 Véase KOSAŘ, supra cit. 11. Véase también KOSAŘ D. y SPÁČ, S., «Conceptualization(s) of Judicial Independence and Judicial Accountability by the European Network of Councils for the Judiciary: Two Steps Forward, One Step Back», *Int'L J. Ct. Admin.*, n.º 9, 2018, p. 37.

normas sustantivas para el comportamiento de los actores»¹⁸. A nivel institucional se trata de proporcionar instrumentos formales e informales que determinan los estándares de responsabilidad del Poder Judicial¹⁹ y del juez²⁰. En este sentido, la rendición de cuentas judicial representa tanto los mecanismos interinstitucionales —entre poderes—, que aseguran que ningún poder prevarica y anula a los demás²¹, como la consecuencia negativa o positiva que un juez individual espera enfrentar de uno o más de los principales poderes (del ejecutivo, el legislativo, los presidentes de los tribunales u otros actores) si su comportamiento o sus decisiones se desvían demasiado de una norma general por todos reconocida²².

La existencia de responsabilidad judicial en su justa medida no constituye una amenaza a la independencia judicial²³. La rendición de cuentas debe encontrar un equilibrio sensible, en lugar de una contradicción, con la independencia. Ambas no tienen necesariamente fines contrapuestos sino que pueden ser medios complementarios para garantizar la imparcialidad y, a su vez, el Estado de Derecho²⁴. Este equilibrio deberá reflejar cómo las otras ramas del poder estatal pueden influir en el Poder Judicial, incluso en la selección de nuevos jueces, el aumento o disminución de los salarios de los jueces, o los procedimientos disciplinarios de los jueces, al mismo tiempo que se garantiza el aislamiento de la toma de decisiones desde el exterior. Después de todo, «la independencia del Poder Judicial, a diferencia de la de los jueces individuales, depende de la ‘disposición’ de los poderes populares del Gobierno de abstenerse de utilizar sus amplios poderes constitucionales para infringir la autoridad judicial»²⁵.

¿Cuál es el objetivo de este equilibrio? La rendición de cuentas y la autonomía en la administración de Justicia son cruciales para asegurar la no injerencia en la toma de decisiones judiciales aun contando con instrumentos para sancionar la arbitrariedad.

18 BOVENS, M. «Two Concepts of Accountability: Accountability as a Virtue and as a Mechanism», *W. Eur. Pol.*, n.º 33, 2010, pp. 946-949.

19 La rendición objetiva de cuentas del Poder Judicial a través de mecanismos tales como la asignación de casos y la eficiencia de éstos, el procedimiento de quejas, la participación externa en comités o el procedimiento de apelación. Además, informes periódicos por parte del Poder Judicial, relaciones con la prensa y familiarización del público o revisiones externas. Véase VAN DIJK, F. y VOS, G., «A Method for Assessment of the Independence and Accountability of the Judiciary», *Int'l J. Ct. Admin.*, n.º 9, 2018, p. 1.

20 La responsabilidad objetiva del juez individual, como la existencia del código de ética judicial, su eficiencia y disponibilidad. El retiro y recusación del juez en los casos en que exista duda sobre su imparcialidad. La admisibilidad de las funciones externas de los jueces durante el ejercicio del cargo de juez. Véase en Véase VAN DIJK, F. y VOS, G., «A Method for Assessment of the Independence and Accountability of the Judiciary», *Int'l J. Ct. Admin.*, n.º 9, 2018, p. 1.

21 Véase PIANA, *supra cit.* 16.

22 Véase KOSAŘ, *supra cit.* 11.

23 Para una discusión sobre la rendición de cuentas judicial en el contexto europeo, véase «Special Issue Measuring Judicial Independence and Accountability», en *Int'l. J. Court Admin.*, n.º 9, p. 3 (Dec. 19, 2018) <https://www.iacajournal.org/29/volume/9/issue/3/>.

24 Véase VOIGT, S., «The Economic Effects of Judicial Accountability: Cross-Country Evidence», *Eur. J. L. Econ.*, n.º 25, 2008, p. 95, 119.

25 FERREJOHN, *supra cit.* 3.

El objetivo es tener un Poder Judicial imparcial y legítimo. Bien entendida, la independencia judicial es algo magnífico, un elemento esencial de una nación justa y próspera²⁶. Mal entendida, la independencia judicial es una herramienta de corrupción e injusticia²⁷. Lo mismo se aplica a la rendición de cuentas. Cuando se establece correctamente, conduce a tribunales confiables, mientras que cuando se establece incorrectamente, conduce a un Poder Judicial sumiso y obediente.

La compleja estructura de la independencia judicial y la rendición de cuentas puede, en principio, explicarse por la estructura de los objetivos normativos a los que deseamos que sirvan los tribunales²⁸. Por lo tanto, no son objetivos en sí mismos, sino instrumentos para promover otros valores, como garantizar un juicio justo o la confianza pública. Para que el sistema legal sea efectivo, los sujetos de derecho deben confiar en él. En una sociedad que reclama la igualdad ante la ley, el árbitro que decide sobre el conflicto de partes debe ser imparcial. Por lo tanto, asegurar la imparcialidad es una prioridad cuando se busca un sistema legal que funcione, con individuos que voluntariamente siguen las reglas porque confían en la equidad del sistema legal. Aun así, lo que es más crucial para la imparcialidad del sistema es su apariencia a los ojos de los sujetos de derecho²⁹. Por lo tanto, el sistema debe estar estructurado para brindar suficiente seguridad a personas de que los argumentos de la otra parte no prevalecerán solo por su influencia sobre el juez cuando acuden al tribunal. Nadie está por encima de la ley y aquel se mantendrá imparcial y defenderá el Estado de Derecho.

Para las nuevas democracias, donde las instituciones del Estado de Derecho son relativamente nuevas y el logro de un equilibrio entre la independencia judicial y la rendición de cuentas aún está en proceso, los ataques y las reformas pueden parecerse entre sí en las primeras etapas. El poder político, representado por el Parlamento y una Administración, puede verse tentado a mantener el control sobre el Poder Judicial. Tal control asegura que los tribunales aceptarán sus políticas. Existe la tentación de una Administración que no rinde cuentas, principalmente si sus ambiciones son marginales o claramente contrarias a la ley o la Constitución. Tal esfuerzo de los poderes políticos conduce a la «dicastofobia»

26 Véase LANDES W. M. y POSNER, R. A., «The Independent Judiciary in an Interest-group Perspective», *J.L. & Econ.*, n.º 18, 1975, p. 875-879.

27 Véase UNDERHILL, J., «Bribery on the Bench: A Look at Judicial Corruption», *Association of certified fraud examiners*, <https://www.acfe.com/fraud-examiner.aspx?id=4294994669> (última vista el 19 de junio de 2021). Véase también MILLER, A. S., «Public Confidence in the Judiciary: Some Notes and Reflections», *L. Contemp. Probs.*, n.º 35, 1970, p. 69, 87-92. Véase también CAPPELLETTI, M., «Who Watches the Watchmen? A Comparative Study of Judicial Responsibility», en SHETREET & DESCHENES (eds.), *Judicial Independence: The contemporary debate*, 1985, p. 550, 574; GRIMMELIKHUIJSEN, S. y KLIJN, A., «The Effects of Judicial Transparency on Public Trust: Evidence from a Field Experiment», *Pub. Admin.*, n.º 93, 2015, p. 995, 1006-07.

28 Véase FEREJOHN, supra cit. 3. Véase también BOBEK, M., «The Fortress of Judicial Independence and the Mental Transitions of the Central European Judiciaries», *Eur. Pub. L.*, n.º 14, 2008, p. 99, 101.

29 Para pruebas de imparcialidad, véase Gautrin V. France, App. No. 38/1997/822/1025-1028, para. 58 (20 de mayo de 1998), [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22\[%22001-58166%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22[%22001-58166%22]}).

(una peligrosa estrategia populista para evitar que los jueces controlen los poderes ejecutivo y legislativo bajo la autoridad judicial)³⁰.

¿Cuál es, entonces, ese equilibrio de independencia y rendición de cuentas? ¿Dónde se desvanece el esfuerzo político por el bien público, la eficacia y la confianza en el Poder Judicial para evitar que la mayoría política rinda cuentas? Además, ¿qué acción constituye una crítica válida que se distinga de un ataque a la independencia del Poder Judicial? Cualquier cambio en el statu quo que establezca más instrumentos de rendición de cuentas para los jueces parece ser una señal de que podría estar ocurriendo algo sospechoso. Sin embargo, es necesaria en cierta medida para promover la confianza pública. Otros instrumentos de rendición de cuentas son necesarios para la administración eficaz de Justicia.

El ataque se definiría entonces por la intención de interferir en la imparcialidad de la Corte y evitar la rendición de cuentas por las actividades de la Administración o sus aliados. Los diversos tipos de ataques utilizan diferentes instrumentos para entorpecer la imparcialidad. Los vulgares ejercen presión sobre un juez en particular que decide sobre un caso de interés, los sistémicos intentan reescribir las reglas del juego, y los insidiosos tienen como objetivo deslegitimar el juego mismo.

Este artículo explora los cambios acontecidos en Hungría desde 2010, en Polonia desde 2015 y las recientes interferencias en República Checa, Eslovaquia y EE. UU. Tres décadas después de la caída del socialismo de Estado, los cuatro países de Europa Central enfrentan problemas similares con el retroceso del Estado de Derecho, pero con la particularidad de observar diferentes formas en que los actores han intentado tomar el control del Poder Judicial³¹. En los Estados Unidos, la experiencia de retroceso democrático se hizo más prominente durante la presidencia de Donald Trump.

III. ATAQUES VULGARES

1. República Checa: cuando los modales brutos parecen torpes

En su informe de 2020, Freedom House concluyó que la República Checa es una democracia parlamentaria en la que, en general, se respetan los derechos

30 Véase GAJDA-ROSZCZYŃSKA, K. y MARKIEWICZ, K., «Disciplinary Proceedings as an Instrument for Breaking the Rule of Law in Poland», *Hague J. Rule L.*, 2020, p. 1, 2.

31 La mayoría de las reflexiones académicas sobre los recientes acontecimientos centroeuropeos se han enmarcado como un deterioro del Estado de Derecho o como un ataque a la democracia liberal y al constitucionalismo. Véase, p. ej., HALMAI, G., «From the «Rule of Law Revolution» to the Constitutional Counter-Revolution in Hungary», in BEDENEC, W. (ed.), *Eur. Yearbook of Hum. Rts.* 2012, p. 367 (sobre la discusión en torno al retroceso en la CEE); PECH, L. y SCHEPPELE, K. L., «Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU», *Cambridge Y.B. Eur. Stud.*, n.º 19, 2017, p. 3; VON BOGDANDY, A. et al., «Guest Editorial: A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law – the Importance of Red Lines», *Common Mkt. L. Rev.*, n.º 55, 2008, p. 983.

políticos y las libertades civiles³². Incluso así, como en toda la región de Europa Central y Oriental (CEE), el movimiento populista va en aumento³³. El partido político del primer ministro, Ano, provoca un «retroceso democrático»³⁴ y «decadencia democrática»³⁵. Este prefiere «dirigir el Estado como una empresa», lo que implica que los controles y equilibrios, así como las complejas reglas procedimentales, no son más que una molestia³⁶. La República Checa ha visto «el surgimiento de nuevos partidos con algunas características populistas, si bien carecen de las trazas nacionalistas, autoritarias y antiliberales que se ven en otros lugares. En cambio, estos partidos han adoptado soluciones tecnocráticas y empresariales»³⁷. La situación difiere de la de Polonia y Hungría. Se nota la desconfianza de la ciudadanía hacia el Gobierno³⁸ aunque no es tan fuerte como para llevar al electorado hacia alternativas no democráticas³⁹.

A diferencia de Polonia y Hungría, donde las instituciones fueron atacadas después de que Fidesz y PiS (Partido Ley y Justicia) llegaron al poder, el ascenso político de Andrej Babiš y Ano (Alianza de Ciudadanos Descontentos) ha socavado las instituciones democráticas liberales informales que ya eran débiles en

32 Véase Czech Republic: Freedom in the World 2020 Country Report, *Freedom House*, <https://freedomhouse.org/country/czech-republic/freedom-world/2020> (última vista el 26 de mayo de 2021).

33 Véase HANLEY, S. y VACHUDOVA, M. A., «Understanding the Illiberal Turn: Democratic Backsliding in the Czech Republic», *E. Eur. Pol.*, n.º 34, 2018, p. 276.

34 Véase PECH & SCHEPPELE, supra cit. 31 (Discutiendo un proceso a través del cual las autoridades públicas electas implementan deliberadamente planes gubernamentales que apuntan a debilitar, aniquilar o hacer suyos de manera sistemática los controles internos sobre el poder con miras a dismantelar el Estado democrático liberal y afianzar el gobierno a largo plazo del partido dominante. Este proceso permite el establecimiento de autocracias electorales y la solidificación de estados de partido único en los que los funcionarios electos del partido gobernante reclaman la autoridad exclusiva para actuar en nombre de «el pueblo»). Véase también ERDMANN & KNEUER (eds.), *Decline of Democracy: Loss of Quality, Hybridisation and Breakdown of Democracy*, in *Regression of Democracy?*, 2011, p. 21 («Changes in formal or informal institutions that move the polity in the direction of a hybrid or authoritarian regime...»).

35 Véase GUASTI, P., «Populism in Power and Democracy: Democratic Decay and Resilience in the Czech Republic» (2013-2020)», en *Politics and Governance*, 2020 (8.ª ed), p. 473 (Explicando que la decadencia democrática se instrumentaliza a través del declive de la rendición de cuentas horizontal, vertical y diagonal).

36 Véase KOSAŘ, D., BAROŠ J. y DUFEK, P., «The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe: Technocratic Governance and Populism», *Eur. Const. L. Rev.*, n.º 15, 2019, pp. 427, 451.

37 ROBERTS, A., «Czech Democracy in the Eyes of Czech Political Scientists», *E. Eur. Pol.*, n.º 33, 2017, pp. 562, 590.

38 *Na Letné demonstrovalo čtvrt milionu lidí, nejvíc od roku 1989* [Un cuarto de millón de personas se han manifestado en Letná, la mayoría desde 1989], periódico checo (23 de junio de 2019), <https://www.ceskenoviny.cz/zpravy/na-letne-demonstrovalocvrt-milionu-lidi-nejvic-od-roku-1989/1770584> (Checo).

39 Véase ROBERTS, supra cit. 37 (Entre las deficiencias políticas se encuentran el parlamentarismo no racionalizado causado por la representación proporcional que lleva a gobiernos ineficaces, o deficiencias en la cultura política como la falta de respeto por las reglas que dan como resultado corrupción, falta de participación política a través de los partidos políticos y una mala reputación, en general, de la actividad de la «política» vista como depredadora y corrupta. Esta creencia se traduce en corporativismo de los partidos y en la falta de comprensión del buen y constante proceso de individualización y búsqueda de riqueza económica, que no cumple con el servicio público; incapacidad para comunicar políticamente sobre asuntos que buscan compromiso; o desencanto sobre una transición que no trajo consigo más Justicia social.).

áreas como la transparencia financiera, el conflicto de intereses, la manipulación de la administración estatal y la rendición de cuentas a los medios de comunicación⁴⁰. En primer lugar, la acumulación de poder económico del primer ministro y la propiedad de los medios de comunicación tuvieron lugar antes de que entrara en política. En segundo lugar, la influencia de Babiš en la economía y los medios de comunicación sirvió como alternativa a las estructuras de los partidos políticos y la sociedad civil construidas por Fidesz y PiS. Tercero, este poder se ha acumulado en manos de un individuo, Babiš. Cuarto, el tipo de populismo que Babiš y Ano han usado para atraer a los votantes es más tecnocrático que nacionalista; está organizado en torno a la lucha contra la corrupción con la creación de una camarilla de élite⁴¹. Este tipo de política de liderazgo gubernamental, llamado populismo tecnocrático, rechaza la rendición de cuentas tanto vertical como horizontal.

Este cambio comenzó en 2013 cuando Babiš era un socio menor en el Gobierno del primer ministro Sobotka, y continuó en 2017 cuando el Gobierno del primer ministro Babiš siguió socavando la rendición de cuentas del poder político⁴². Esto condujo a una ola de protestas en 2019, desde abril a junio y de nuevo en noviembre, pidiendo la renuncia de Babiš por su papel en un escándalo de corrupción relacionado con el fraude de subsidios de la Unión Europea, un escándalo apodado Stork's Nest (nido de cigüeñas). Las protestas fueron las más importantes en la República Checa desde la Revolución de terciopelo⁴³. El descontento se intensificó tras la abrupta renuncia del ministro de justicia, después de que la policía recomendara el enjuiciamiento de Babiš. El posterior nombramiento de Marie Benešová como nueva ministra de justicia suscitó preocupación por los posibles ataques a la independencia del Poder Judicial. Además, el nombramiento de Benešová estuvo acompañado de rumores, en agosto de 2019, sobre la posible reforma de la oficina del fiscal general, que fue la fuerza principal que estaba detrás de la investigación de Babiš⁴⁴. En septiembre de ese mismo año, el fiscal estatal detuvo el enjuiciamiento de Babiš por su presunta participación en el citado escándalo. Aunque el caso se reabrió en diciembre, las protestas públicas expresaron su decepción por el manejo del proceso⁴⁵.

40 Véase HANLEY & VACHUDOVA, supra cit. 33.

41 Id. en 289.

42 GUAISTI, supra cit. 35.

43 VAVERKOVÁ, K. *Druhá Letná předčila očekávání. Demonstrovali i šéfové opozičních stran* [La segunda Letná superó las expectativas. Los líderes de los partidos de la oposición también se manifestaron], ECHO 24 (17 de noviembre de 2019), <https://echo24.cz/a/SCwnL/druha-letna-predcila-ocekavani-demonstrovali-i-sefove-opozicnich-stran> (Checo).

44 *Zaznívaly pochybnosti. O novele zákona o státním zastupitelství jednala legislativní rada sedm hodin* [«There were doubts.» The Legislative Council Discussed the Amendment to the Public Prosecutor's Office Act for Seven Hours], Radio checa (12 de septiembre de 2019), https://www.irozhlas.cz/zpravy-domov/novela-statni-zastupitelstvi-marie-benesova-pavel-zeman_1909121856_jak.

45 Véase MARTÍNEK, D., «Semi-successful Socio-political Transformation in CEE: The Case of the Czech Republic», *Der Donauraum*, n.º 60, 2020, p. 71.

Son dignos de mención varios aspectos de la situación, en particular la respuesta de la sociedad civil y la fuerte desconfianza que tiene el conjunto de la ciudadanía hacia los organismos del Estado que detentan el poder político. Aunque el movimiento Ano se caracteriza por ser populista y Babiš ha estado acumulando poder continuamente, no se ha producido ningún ataque sistémico contra el Poder Judicial. A pesar del giro populista en la política, cualquier intento de atacar al Poder Judicial ha parecido más torpe o vulgar que una amenaza real para la democracia. Los ataques fueron perpetrados con fuerza bruta u órdenes directas. Cuando los ataques van dirigidos contra un marco institucional estable, parecen más un intento torpe inútil que una amenaza real. En el marco institucional estable del Estado de Derecho, tal ataque recuerda a un acosador, considerado grosero y deshonesto.

Cuando tales intentos fracasan, representan una fuerza bruta ofensiva utilizada contra un Poder Judicial para promover el propio interés⁴⁶. Si presionar a un miembro del Poder Judicial termina siendo un intento fallido o corrupción real, resulta crucial. La diferencia se puede ver con el ex presidente de la Corte Suprema checa Baxa, quien reveló que en 2019 fue contactado por el asesor del entonces presidente Zeman. Se le ofreció el nombramiento para un puesto en el Tribunal Constitucional de la República Checa si aseguraba que el Tribunal Administrativo Supremo emitiría una sentencia favorable al entonces presidente⁴⁷. El asesor de Zeman también se acercó a un juez del Tribunal Constitucional checo con una oferta similar⁴⁸.

El Poder Judicial checo se ha mantenido principalmente independiente, aunque su composición de múltiples niveles ha generado algunos problemas⁴⁹. En comparación con otros países de la CEE, el Poder Judicial checo goza de buena salud democrática. Si bien la política checa se caracteriza por un retroceso de los valores democráticos, esto no parece afectar a los tribunales. A continuación se analizarán los pilares de esa estabilidad.

1.1. *Confianza pública*

El Poder Judicial checo goza de gran confianza pública en comparación con otros países de la región. La percepción de independencia de los tribunales y

⁴⁶ Por ejemplo, los jueces eslovacos que aparecieron en el escándalo de Threema actuaron al dictado de Kočner sobre cómo decidir.

⁴⁷ *Zeman mi naznačoval: dám vám funkci, vy mně rozhodnutí, prohlásil Baxa* [Zeman me insinuó: te daré el cargo y tú me darás la razón, dijo Baxa], IDNES (Jan. 23, 2019), https://www.idnes.cz/zpravy/domaci/zeman-mynarovlivnovani-soudcu-baxa.A190123_202859_domaci_kuce (Checo).

⁴⁸ MAZANCOVÁ, H. *O schůzkách jsem promluvil, aby mě už Mynář nekontaktoval, říká ústavní soudce Šimíček*, Deník N, <https://denikn.cz/49816/o-schuzkach-jsem-promluvil-aby-me-uz-mynar-nekontaktoval-rika-ustavni-soudce-simicek/> (última visita el 26 de mayo de 2021) (Checo).

⁴⁹ Véase República Checa - République tchèque, Consejo de Europa, <https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/czech-republic> (última visita el 20 de junio de 2021).

jueces por los ciudadanos ha aumentado en los últimos años al cincuenta y seis por ciento⁵⁰ mientras que entre las empresas es del cuarenta y cuatro por ciento. El Tribunal Supremo cuenta con la confianza del setenta por ciento de la población, y el Tribunal Supremo Administrativo y el Tribunal Constitucional cuentan con la confianza del sesenta y ocho por ciento y el sesenta y siete por ciento de la ciudadanía, respectivamente⁵¹.

Tanta confianza y seguridad en las instituciones judiciales es bastante excepcional dentro de la CEE, y la República Checa, a diferencia de otros países del grupo de Visegrado, nunca aplicó ninguno de los modelos propuestos para el Consejo de la Magistratura⁵². Otros países de la región de la CEE, como Polonia, Hungría y Eslovaquia, que decidieron construir un organismo independiente que represente la autonomía o la legitimidad del Poder Judicial, se caracterizan por contar con una confianza mucho menor en el Poder Judicial o una interferencia sustancial del poder político⁵³.

Aunque el Poder Judicial checo goza de la más alta confianza pública en la región, las organizaciones internacionales han planteado algunas objeciones al sistema de justicia del país. Una objeción sobre el nombramiento de los presidentes de los tribunales y la selección de los jueces⁵⁴ se resolvió en parte con un cambio en las reglas para los ascensos a los puestos en los Tribunales Supremo y Supremo Administrativo respectivamente. La elección de jueces se establece únicamente a nivel gubernamental⁵⁵. Otras objeciones incluyeron la ausencia de un código de ética para los jueces, la falta de detalle en las disposiciones sobre las actividades extrajudiciales de los jueces y la ausencia del nivel de apelación en los procedimientos disciplinarios de los mismos⁵⁶. El Banco Mundial objetó la inexistencia

50 Véase EU Justice Scoreboard 2020, Comisión Europea, Figura 44, https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en (última visita el 26 de mayo, 2021) (Mostrando que en 2018 y 2019 fue del cincuenta y uno por ciento).

51 Véase *Hodnocení českého soudnictví*, STEM, <https://www.stem.cz/hodnoceni-ceskeho-soudnictvi/> (última visita el 26 de mayo de 2021) (Checo).

52 Véase Consejo consultivo de jueces europeos (CCJE), Opinión no. 10 (2007) (23 de noviembre de 2007), <https://rm.coe.int/168074779b> Para obtener información sobre el modelo europeo, véase BOBEK & KOSAŘ, *supra cit.* 13.

53 Véase Comisión Europea, *supra cit.* 50 (Hallazgo de niveles de confianza del cuarenta y ocho por ciento entre la ciudadanía y el dieciséis por ciento entre empresas en Hungría; el treinta y tres por ciento entre la ciudadanía y el veintisiete por ciento entre empresas en Polonia; y solo el veintisiete por ciento entre la ciudadanía y el quince por ciento entre las empresas de Eslovaquia).

54 Véase Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), Cuarta Ronda de Evaluación, República Checa, <https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/czech-republic> (última visita el 25 de agosto de 2021) (Mostrando que GRECO recomienda (i) regular con más detalle la contratación y promoción de jueces y presidentes de tribunales a fin de prever procedimientos uniformes y transparentes y asegurar que las decisiones se basen en criterios precisos, objetivos y uniformes, en particular el mérito; y (ii) garantizar que cualquier decisión en esos procedimientos esté motivada y pueda ser apelada ante un tribunal).

55 Véase Regulation no. 382/2017 Sb. (Checo).

56 Véase Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), *supra cit.* 54 (señalando que ninguna de estas recomendaciones fue implementada).

de un tribunal dedicado a enjuiciar procesos comerciales o un tribunal de demandas de menor cuantía, el uso de un proceso manual para la asignación de casos, la falta de estándares generales para el calendario de los eventos judiciales clave y el aplazamiento, la falta de gestión de herramientas electrónicas de casos para abogados, y la irregularidad en la publicación de sentencias⁵⁷. En otras palabras, aún no se han producido rupturas graves de la independencia en comparación con otros países de la CEE.

1.2. *Modelo ministerial*

La República Checa no modificó las instituciones vigentes y continuó con su modelo ministerial de administración judicial después de la adhesión a la Unión Europea (UE). El sistema hunde sus raíces en la tradición austrohúngara y, como escribe Kühn:

La República Checa ha mantenido el sistema más extremo de gestión centralizada de los tribunales, realizado por el Ministerio de Justicia... el sistema anticuado y problemático se defiende solo por su antigüedad. Desde este punto de vista, el sistema ha alcanzado su valor inherente porque existía antes de la llegada del régimen comunista⁵⁸.

La ley sobre tribunales y jueces en la República Checa establece un Poder Judicial conformado por tribunales independientes⁵⁹. Los jueces son inamovibles, con estrictas limitaciones al cesar en su cargo. La selección de los candidatos a cargos judiciales depende de los presidentes de los tribunales regionales, quienes

57 Véase *Let's Judge the Judges: How Slovakia Opened Its Judiciary to Unprecedented Public Control*, Transparency International Slovensko (Feb. 28, 2018), <https://transparency.sk/sk/lets-judge-the-judges-how-slovakia-opened-its-judiciary-to-unprecedented-public-control/> (el nivel de transparencia de los jueces es bajo comparado con la vecina Eslovaquia). Véase también MICHÁLEK, J., «Aktuální stav soudnictví», *Jurisprudence*, n.º 3, 2020, p. 30 (los jueces no publican la información sobre sus potenciales conflictos de intereses basados en sus declaraciones de bienes o vínculos familiares); «Doing Business in the Czech Republic», *PP Agency S.R.O* 49, https://issuu.com/ppagency/docs/doing_business_2019_web (última visita el 23 de agosto de 2021). Se publican las decisiones de los tribunales superiores: el Tribunal Constitucional, el Tribunal Administrativo Supremo, el Tribunal Supremo, los tribunales regionales, pero los tribunales inferiores solo publican de manera aleatoria. Siempre existe la posibilidad de solicitar la decisión en base a la ley de libre acceso a la información. no. 106/1999 Coll/Sb.

58 KÜHN, Z., «Judicial Administration Reforms in Central-Eastern Europe: Lessons to be Learned», en SEIBERT-FOHR, A. (ed.), *Judicial Independence in transition*, 2012, pp. 603, 606. Véase también BOBEK, *supra* cit. 28.

59 Véase *On Courts, Judges, Assessors and State Court Administration and amending some other Acts (the Act on Courts and Judges)*, Section 1 of act No. 6/2002 Sb. (Czech); Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České Republiky [Constitution of the Czech Republic]. Charter of Fundamental Rights of the European Union, Mar. 30, 2010, 2010 O.J. (C 83) 389. European Commission, Proclamation by the Commission, Dec. 7, 2000, 2000 O.J. (C 364) 1, art. 36.

presentan las propuestas de nuevos jueces al ministro de Justicia. Este remite los candidatos al presidente del país para que los designe, y se necesita la confirmación del primer ministro u otro miembro del gabinete⁶⁰. El ministro de Justicia y los presidentes de los tribunales son los líderes tradicionales en la administración judicial checa⁶¹. Algunos han señalado deficiencias en este modelo⁶². Hay una falta de separación de poderes, con posibilidades de manipulación por parte del Ministerio de Justicia⁶³. Además, la falta de un órgano representativo del Poder Judicial designado formalmente, cuando la máxima instancia de administración del sistema de Justicia es el ministro de Justicia, lleva a optar por contactar a los representantes de los tribunales en función de la preferencia de cooperación del ministro de Justicia⁶⁴. Esta crítica se encuentra en muchos documentos internacionales y escritos académicos que defienden un modelo de consejo judicial y la independencia estructural⁶⁵.

Si bien sobre el papel el modelo ministerial puede parecer peligroso para la independencia del Poder Judicial, la situación ha sido diferente en la práctica. El otro sector de la crítica al modelo checo está dirigida a su experiencia práctica, y se basa en el argumento de la ineficacia del Ministerio de Justicia debido a la fluctuación de ministros, la falta de competencia, la irresponsabilidad y la falta de diálogo con los representantes del Poder Judicial⁶⁶. Lo que une ambas críticas al modelo ministerial es su posicionamiento en contra del «único modelo 'correcto' de autogestión judicial»⁶⁷ y la controvertida experiencia de los países vecinos con el tipo Euro-modelo del Consejo del Poder Judicial, particularmente en Eslovaquia⁶⁸.

60 Constitución de la República Checa, art. 63, párr. 3.

61 N.º 6/2002 Sb., art. 119 (Checo) (Mostrando que el Ministerio de Justicia es el organismo central de la administración estatal de tribunales). Otros órganos de la administración de los tribunales son los presidentes y vicepresidentes de los tribunales, art. 119/2. Véase también BOBEK M. & KOSAŘ, D. *supra* cit. 13.

Es engañoso afirmar que los propios jueces no desempeñan ningún papel en el nombramiento y promoción de los jueces o en la administración de los tribunales y la gestión de los tribunales en este modelo y que el Ministerio de Justicia nacional controla todos estos procesos unilateralmente... también en otros poderes como el legislativo, el presidente de un país determinado, las juntas judiciales, el ombudsman u organizaciones profesionales, que a menudo desempeñan un papel importante o al menos también tienen su opinión... y un papel crucial en estos sistemas lo desempeñan de hecho los presidentes de apelación y cortes supremas.

62 Véase ŠÁMAL, P. & DEÁKOVÁ, K., *Teoretické a praktické aspekty spojení se správou justice*, 25 *časopis pro právní vědu a praxi*, 2017, p. 521.

63 Véase KÜHN, *supra* cit. 58.

64 Véase ŠÁMAL y DEÁKOVÁ, *supra* cit. 62.

65 Véase BOBEK y KOSAŘ, *supra* cit. 13.

66 Véase ŠÁMAL y DEÁKOVÁ, *supra* cit. 62.

67 Véase BOBEK, M., «The Administration of Courts in the Czech Republic: In Search of a Constitutional Balance», *EUR. PUB. L.*, n.º 16, 2010, pp. 251-254.

68 Véase BOBEK y KOSAŘ, *supra* cit. 13. Véase también KÜHN, *supra* cit. 58 («Los consejos judiciales que son demasiado fuertes u onnipotentes traen consigo la tendencia a aislar al poder judicial de la vida real y evitan cualquier rendición de cuentas por los problemas dentro del poder judicial (Hungría)»); BOBEK, *supra* cit. 28.

La relación entre el ministro de Justicia y los presidentes de los tribunales es necesaria para el nombramiento, traslado o promoción de un juez y otros asuntos de personal⁶⁹. Parece una relación equilibrada. Sin embargo, visto más de cerca, los presidentes de los tribunales tienen una posición mucho más sólida en esta relación que el ministro de Justicia⁷⁰. En menos de veintiocho años, la República Checa ha tenido un total de veintiún mandatos como ministros de Justicia⁷¹, mientras que los presidentes de los tribunales suelen cumplir todo su mandato. Esto crea una situación desigual de fuerza e información a favor de los presidentes de los tribunales, y apoya institucionalmente la estabilidad del Poder Judicial.

La posición de fortaleza del Poder Judicial es visible en la reforma de los procedimientos disciplinarios contra los jueces llevada a cabo por el ministro de Justicia Pospíšil en 2008. Se suponía que la enmienda 314/2008 sobre la ley de tribunales y jueces sería un golpe definitivo para los jueces, pero no trajo consigo los resultados esperados. Por el contrario, estadísticamente, se incoaron menos procedimientos disciplinarios contra jueces⁷². En 2007, Pospíšil presentó la propuesta de reforma de los citados procedimientos, y en 2008 el proyecto de ley fue aprobado por la Asamblea Nacional⁷³. El proyecto de ley generó fuertes desacuerdos entre el colectivo de los jueces. Supuso un cambio significativo en los procedimientos disciplinarios al trasladar la jurisdicción de los juicios disciplinarios de los tribunales superiores y el Tribunal Supremo al Tribunal Supremo Administrativo. Este movimiento cambió el procedimiento de doble nivel a un único nivel, sin una opción para apelar la decisión, y fortaleció la representación de personas que no eran jueces en los paneles disciplinarios. Esta modificación de la ley de los jueces⁷⁴ fue impugnada ante la Corte Constitucional de la República Checa (CCCR), que decidió que la ley no violaba la Constitución⁷⁵. Aun así, esta enmienda no tuvo el efecto deseado⁷⁶. Más bien causó lo contrario. Disminuyó el

69 Véase KOSAŘ, D., «Politics of Judicial Independence and Judicial Accountability in Czechia: Bargaining in the Shadow of the Law Between Court Presidents and the Ministry of Justice», *Eur. Const. L. Rev.*, n.º 13, 2017, pp. 96, 106. Véase también KOSAŘ, supra cit. 11.

70 Véase BLISA, A., PAPOUŠKOVÁ, T. y URBÁNIKOVÁ, M., «Judicial Self-Government in Czechia: Europe's Black Sheep?», *German L.J.*, n.º 19, 2018, pp. 1951-1952.

71 De veintiuno, dos son casos de ministro suplente y dos nombres se repiten en esa lista.

72 KOSAŘ D., PAPOUŠKOVÁ, T. y POSPÍŠILOVÁ, P., «reforma kárného řízení skutečně zpřísnění kárného postihu českých soudců?», *Časopis Pro Právní Vědu A Praxi*, n.º 25, 2017, p. 219 (Checo).

73 Zákon, kterým se mění zákon č. 6/2002 Sb [Act amending Act No. 6/2002], Zákon č. 314/2008 (Checo).

74 Zákon č. 6/2002 Sb. (Checo).

75 Nález Ústavního soudu ze dne 29.05.1997 (ÚS) [Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de mayo de 1997], sp.zn. tercero US 31/97 publ. en: Sbírka nálezů a usnesení ÚS, sv. 8, c. 66 (Checo).

76 Véase KORBEL, F. «Ministerská novela zákona o soudech a soudcích», en KOSAŘ & PAPOUŠKOVÁ, supra cit. 72 (Demostrando que el objetivo de la enmienda era lograr un cierto endurecimiento y restauración de la credibilidad del sistema disciplinario a los ojos de la opinión pública, pues éste se vio gravemente empañado por varios ejemplos ejemplares de solidaridad estatal entre jueces y la incoherencia o la mansedumbre manifiestamente desproporcionada de determinadas sentencias disciplinarias, en particular del Tribunal Supremo).

número de procedimientos disciplinarios y se suavizaron las sanciones⁷⁷. «El intento de Pospisil de ganar algunos puntos populistas de poco valor en la campaña contra la falsa colegialidad judicial no produjo ningún resultado»⁷⁸.

En 2016 se produjo otro intento del ministerio de Justicia de fortalecer la influencia de su ministro, esta vez centrando el cambio en las reglas de selección de jueces, para así evitar que candidatos sin experiencia en juicios ingresaran a los tribunales regionales⁷⁹. Debido a la fuerte oposición del Poder Judicial, la reforma se pospuso indefinidamente. Bajo el segundo gobierno de Babiš, el temor a la injerencia en el Poder Judicial resurgió cuando Marie Benešová fue nombrada ministra de Justicia en 2019. Se la percibía como una firme defensora de los intereses del presidente Zeman y chocó con el fiscal general, que supervisaba la investigación en curso sobre Babiš y su familia. En 2019, Benešová introdujo una nueva reforma judicial que acortaría el mandato del actual fiscal general, lo que permitiría al primer ministro nombrar una figura «más amigable»⁸⁰. Los expertos y el Poder Judicial vieron la medida como una interferencia política y un intento de restringir la independencia del Poder Judicial. «La reforma estaba muerta al llegar, rechazada por el Poder Judicial, el conjunto de los ciudadanos y el Parlamento»⁸¹.

Todos los intentos de los últimos años de interferir en el Poder Judicial han fracasado frente a su fuerte resistencia. Todos estos resultados mostraron quién era el verdadero actor clave en la administración de los tribunales checos. Como señala Kosař:

El fenómeno más importante desde la Revolución de Terciopelo, que explica este enigma, es el ascenso en la escala de poder de los presidentes de los tribunales, que desempeñan un intrigante doble papel a la hora de garantizar la independencia judicial... Los presidentes de los tribunales checos han logrado, paso a paso, erosionar la esfera de influencia del ministro y se han convertido ellos mismos en los actores más poderosos del Poder Judicial checo, capaces de manejar el 'palo' (acción disciplinaria) y la 'zanahoria' (ascenso) más efectivos contra jueces individuales⁸².

Los presidentes de los tribunales superiores parecen llenar ese vacío del único órgano representativo del Poder Judicial que faltaba, y, con bastante éxito, dado que juntos son los principales actores para garantizar la independencia judicial.

77 Véase BLISA, PAPOUŠKOVÁ & URBÁNIKOVÁ, *supra cit.* 70.

78 KOSAŘ y PAPOUŠKOVÁ, *supra cit.* 71 (citando a JIRSA, J., «Soudcovská nezávislost a kárné řízení», *Soudce*, n.º 16, 2011, p. 8).

79 GUASTI, *supra cit.* 44.

80 Zaznívaly pochybnosti. *O novele zákona o státním zastupitelství jednala legislativní rada sedm hodin* [«Había dudas». El consejo legislativo discutió la enmienda a la Ley de la Fiscalía durante siete horas], radio checa (12 de septiembre de 2019), https://www.irozhlas.cz/zpravy-domov/novela-statni-zastupitelstvi-marie-benesova-pavel-zeman_1909121856_jak.

81 GUASTI, *supra cit.* 35.

82 KOSAŘ, *supra cit.* 69.

Como concluyen Blisa y Kosař:

El presidente del tribunal como líder judicial no es tan fuerte como los presidentes de los tribunales rusos porque no es un jefe que pueda afectar en gran medida el bienestar de los jueces de base. Sin embargo, no solo tiene un amplio poder como embajadora y mediática, sino que también ejerce una gran influencia en la asignación de casos y la composición del panel (poder administrativo). Además, por lo general, ejerce un poder jurisprudencial significativo al establecer las reglas de la asignación de opiniones de debate y dar forma a la ley, tiene una gran influencia en las carreras judiciales, ya sea en la selección, disciplina o promoción⁸³.

Esta relación entre el ministro de Justicia y los presidentes de los tribunales se equilibra dinámicamente, ajustándose a las nuevas situaciones. Por ejemplo, en 2008, el Parlamento checo introdujo un mandato no renovable para los presidentes de los tribunales que reducía su influencia dentro del Poder Judicial checo⁸⁴. El posible favoritismo bidireccional entre el ministro de Justicia y los presidentes de los tribunales fue confirmado por la decisión de la CCCR: los presidentes no pueden ser designados para los cargos reiteradamente. Esto podría evitar una situación en la que el presidente trataría de cumplir con el ministro de Justicia para asegurar su puesto en el próximo mandato⁸⁵.

Tres hechos ocurridos entre 1999 y 2006 mostraron el cambio dramático en la posición de los presidentes de los tribunales. En 1999, el ministro de Justicia, Otakar Motejl, destituyó a cinco de los ocho presidentes de tribunales regionales. Más allá de las críticas a los presidentes que permanecieron en el cargo, esta decisión no generó una indignación significativa⁸⁶. La destitución en 2005 de una presidenta de un tribunal de distrito fue declarada injustificada⁸⁷. Si bien el presidente destituido del tribunal cuestionó que la decisión del ministro no cumplía con los requisitos legales, el ministro afirmó que la presidenta del tribunal era una funcionaria pública y que no se violaron sus derechos. El Tribunal Municipal anuló la decisión del ministro de Justicia⁸⁸.

83 BLISA, A. y KOSAŘ, D., «Court Presidents: The Missing Piece in the Puzzle of Judicial Governance», *German L. J.*, n.º 19, 2018, pp. 2031-2063.

84 Id. en 2067.

85 III US 31/97 Snu. (Checo) (Establecido que su mandato está limitado a siete años, el presidente de la Corte Suprema es designado por 10 años. Los presidentes de los tribunales superiores son seleccionados por el comité donde los jueces representan a la mayoría, y el presidente los nombra para el cargo a propuesta del Ministerio de Justicia. Los presidentes de los tribunales de distrito son designados por el Ministerio de Justicia). Véanse también los artículos 102 a 105 de la Ley 6/2002 Sb., on Courts and Judges (Checo).

86 KÜHN, Z., «Soudy v autoritativním státě», *Právník. teoretický časopis pro otázky státu a práva (The Lawyer-Scientific Review for problems of State and Law)*, n.º 158, 2019, pp. 981-988.

87 Id. (citando a Městský soud v Praze ze dne 24.07.2005 (MS) [Decision of the Circuit Court in the City of Prague Administrative Division], čj. Ca 37/2005-42 (Checo.)).

88 Véase BOBEK, M., «The Administration of Courts in the Czech Republic: In Search of a Constitutional Balance», *Eur. Pub. L.*, n.º 16, 2010, p. 259.

Finalmente, en 2006, el entonces presidente Vaclav Klaus destituyó a la presidenta de la Corte Suprema, Iva Brožová, quien impugnó la decisión. La CCCR declaró inconstitucional que el representante del poder ejecutivo destituyera a representantes del Poder Judicial⁸⁹. Desde 2006, ni el presidente ni el ministro de Justicia pueden destituir a un presidente de tribunal. Los presidentes de los tribunales ya no rinden cuentas al ministro de Justicia, y se ha reducido la amenaza a la independencia escondida en la posición de «correa de transmisión» del ministro de Justicia⁹⁰.

Estas batallas entre los representantes ejecutivos y judiciales fortalecieron la posición de los presidentes de las Cortes. El ministro de Justicia llegó a verlos como socios en lugar de sirvientes. Pavel Rychetský, ex viceprimer ministro (1998-2003) y ministro de Justicia (2002-2003) lo expresó con franqueza cuando se le preguntó: «¿Cuál es la política personal de un ministro de Justicia?» y respondió: «La que cumpla con los deseos de los presidentes de las Cortes Regionales»⁹¹.

Este desarrollo condujo a un frágil equilibrio entre el poder de los presidentes de los tribunales y el ministro de Justicia. El nuevo equilibrio de poder ha tenido tres efectos notables. En primer lugar, los presidentes de los tribunales comenzaron a unirse entre capas jerárquicas y ramas del Poder Judicial checo para crear una mayor influencia frente al ministro de Justicia. En segundo lugar, ambas partes intentan explotar sus poderes al máximo mientras esperan que la otra parte cometa errores. En tercer lugar, un efecto secundario de esta lucha continua es el creciente escrutinio por parte de la ciudadanía de las medidas adoptadas por el Ministerio de Justicia y los presidentes de los tribunales⁹².

Tal equilibrio proporciona un sistema relativamente dinámico y receptivo que desalienta los cambios repentinos. El poder está disperso entre los actores políticos y judiciales. Como se ha mencionado con anterioridad, si bien a primera vista el modelo ministerial aparece como un sistema dejado a merced del ministro de Justicia, en la práctica parece ser todo lo contrario. El ejemplo checo muestra que un Poder Judicial puede disfrutar de un nivel razonable de confianza

89 Véase *Nález Ústavního soudu ze dne 11.7.2010 (ÚS)* [Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de julio de 2006], sp. zn. III ÚS 7 18/06 (Checo) («Es un requisito indispensable para salvaguardar la independencia del poder judicial que las condiciones que influyen en la selección, contratación, nombramiento, promoción profesional o destitución de los jueces permitan la independencia de los poderes ejecutivo y legislativo facultades...»).

90 Véase KOSAŘ D. y SPÁČ, S., «Post-communist Chief Justices in Slovakia: From Transmission Belts to Semi-autonomous Actors?», *HAGUE J. RULE L.*, n.º 13, 2021, p. 107 (Detallando este leitmotiv de las correas de transmisión, conocido en el poder judicial checoslovaco bajo el gobierno del Partido Comunista, «los presidentes, que el Partido Comunista podía destituir en cualquier momento a su antojo, eran los conductos de la influencia del Partido Comunista sobre los jueces individuales. El papel principal de los presidentes de los tribunales era, por lo tanto, 'transmitir' las órdenes del Partido Comunista a los jueces individuales en casos delicados»).

91 Id. en 109.

92 KOSAŘ, supra cit. 69.

pública incluso sin adoptar un modelo sólido de autogobierno judicial o establecer un Consejo Judicial⁹³.

Quizás esta tensión entre los presidentes de los tribunales y el ministro de Justicia no permita que ningún actor ataque al otro poder. Una posición tan fuerte de los presidentes de los tribunales, respaldada por la confianza pública, permite a los representantes judiciales resistir incluso ataques potenciales que no son de naturaleza sistémica: cambiar el marco legal de la estructura del Poder Judicial o dismantelar la percepción de la legitimidad que se tiene por los jueces —(o enfocados en obtener poder inmediato). Si se resiste a los ataques y son revelados a la ciudadanía, el atacante queda en muy mala posición. Cuando acontece un intento de interferir en la imparcialidad judicial y se expone como tal, las instituciones defensoras se vuelven más vitales a medida que muestran su resiliencia.

2. Eslovaquia: cuando los malos modos conducen a la pérdida de legitimidad

A diferencia de la situación checa, donde las interferencias informales terminaron torpemente, en Eslovaquia la situación se convirtió en una corrupción judicial generalizada. En agosto de 2019, los periódicos eslovacos publicaron por primera vez noticias sobre las comunicaciones del empresario corrupto Marian Kočner utilizando la aplicación Threema. Después de incautar el teléfono de Kočner, la policía eslovaca y la Europol descifraron los mensajes cifrados que Kočner había enviado a través de la aplicación en 2017 y 2018. Las transcripciones de las conversaciones, que aparecieron publicadas en la prensa, sugirieron una manipulación de gran alcance de los casos judiciales a favor de Kočner, y comunicaciones publicadas con posterioridad revelaron casos detallados de comunicación inapropiada entre los jueces y Kočner. En resumen, diecinueve jueces fueron acusados de corrupción y varios abogados que ejercieron la defensa se enfrentaron a cargos de corrupción y obstrucción a la Justicia⁹⁴.

93 BLISA, PAPOUŠKOVÁ & URBÁNIKOVÁ supra cit. 70.

94 Véase, por ejemplo, «Kočner's Judges Charged and Detained», *The Slovak spectator* (11 de marzo de 2020), <https://spectator.sme.sk/c/22355425/kocners-judges-charged-and-detained.html?ref=av-left>; «Kočner's Judges: Who Has Stepped Down Because of Threema So Far?» (Overview), *The Slovak spectator* (5 de noviembre de 2019), <https://spectator.sme.sk/c/22252665/kocner-judgesthreema-resignations-overview-judiciary.html?ref=av-right>; «Judge Steps Down for Exchanging Messages with Kočner», *The Slovak spectator* (21 de octubre de 2019), <https://spectator.sme.sk/c/22241871/judge-stands-down-for-exchanging-messages-with-kocner.html?ref=av-right>; «Jankovská had Judges on Call for Kočner», *The Slovak spectator* (3 de octubre de 2019), <https://spectator.sme.sk/c/22227698/jankovska-had-judges-on-call-for-kocner.html?ref=av-right>; «Two Witnesses Talk About the Corruption of a Judge and State Secretary», *The Slovak spectator* (27 de marzo de 2018), <https://spectator.sme.sk/c/20790365/two-witnesses-talk-about-the-corruption-of-judge-and-state-secretary.html?ref=tab>; «Police seized mobile phones of judges and ex-state secretary due to corruption suspicions», *The Slovak spectator* (9 de septiembre de 2019), <https://spectator.sme.sk/c/22208042/police-seized-mobile-phones-of-judges-and-ex-state-secretary-due-to-corruption-suspicions.html?ref=tab>; Adam Valček, «Why did

Los jueces involucrados en las denuncias dictaban sentencias a demanda. Algunos de ellos lo hicieron para obtener pingües beneficios, mientras otros actuaron bajo amenazas y presión. Después de las revelaciones de 2019 y 2020, la ciudadanía eslovaca supo que los jefes del crimen organizado, como Kočner, habían tenido un alto nivel de control sobre un cuadro de jueces eslovacos a través del secretario de Estado y algunos presidentes de tribunales⁹⁵. Aunque los ataques a los jueces provinieron de un actor estatal, el secretario de Estado, la iniciativa partía del mundo del crimen organizado. Además, la secretaria de Estado era jueza por formación y carrera, incluso después de haber regresado brevemente a un puesto judicial tras abandonar el Ministerio de Justicia bajo un intenso escrutinio⁹⁶.

IV. ATAQUES SISTÉMICOS

1. Polonia

La situación en Polonia ahora está bien documentada⁹⁷. Este capítulo solo abordará los eventos más destacados de forma resumida, en lugar de relatar toda la serie de acontecimientos desde que el Gobierno del PiS llegó al poder en 2015. Antes de obtener la mayoría de los escaños parlamentarios en las elecciones de 2015, el PiS anunció una parte importante de su filosofía: «imposibilismus legal»⁹⁸. Este concepto significaba esencialmente que no se podía emprender una

the Police Move Against Judges? One of Them Collaborated», *The Slovak spectator* (11 de marzo de 2020), <https://spectator.sme.sk/c/22355558/why-did-the-police-moved-against-judges-one-of-them-collaborated.html?ref=tab>; «Charges Against Judges Show Nobody is Inviolable», *The Slovak spectator* (11 de marzo de 2020), <https://spectator.sme.sk/c/22356338/charges-against-judges-show-nobody-is-inviolable.html?ref=tab>.

95 Véase LÁŠTIC, E. «What Now? The Failure of the Independent Judiciary in Slovakia», HUM. RTS. REV., n.º 4, p. 34, https://www.humanrightscentre.org/sites/default/files/attachement/bulletin/V4humanrightsreview_Q1_2020_0.pdf (última visita el 23 de agosto de 2021).

96 La situación eslovaca se detalla más adelante en el artículo Panóptico del Poder Judicial eslovaco de Peter Čuroš publicado en la *German Law Journal*, Volume 22, Special Issue 7: Judges Under Stress, October 2021. Véase Jankovská. Had Judges on Call for Kočner, *The Slovak spectator* (3 de octubre de 2019), <https://spectator.sme.sk/c/22227698/jankovska-had-judges-on-call-for-kocner.html?ref=av-right>.

97 Véase, por ejemplo, ZOLL, F. y WORTHAM, L., «Judicial Independence and Accountability: Withstanding Political Stress in Poland», *Fordham Int'l LJ*, n.º 42, 2018, p. 875; PECH, L., PATRYK WACHOWIEC, P. y MAZUR, D., «Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action», *Hague J. Rule L.*, n.º 13, 2021, p. 1; SADURSKI, W., «How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding», *Revista Forumul Judecatorilor*, n.º 1, 2018, p. 104; ŚLEDZIŃSKA-SIMON, A., «The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition», *German LJ*, n.º 19, 2018, p. 1839; DARIUSZMAZUR y ŻUREK, W., *So Called «Good Change» in the Polish system of the Administration of Justice*, 2018. Véase también SADURSKI, W., *Poland's constitutional breakdown*, 2019; GAJDA-ROSZCZYŃSKA y MARKIEWICZ, supra cit. 30; WYRZYKOWSKI, M., «Experiencing the Unimaginable: The Collapse of the Rule of Law in Poland», *Hague J. Rule L.*, n.º 11, 2019, p. 417.

98 DAVIES, C., *Hostile Takeover: How Law and Justice Captured Poland's Courts*, Freedom House, 2018, <https://freedomhouse.org/report/analytical-brief/2018/hostile-takeover-how-law-and-justice-captured-polands-courts>.

reforma importante en los países poscomunistas debido a los intereses arraigados y al poder de varias élites, incluidos los jueces⁹⁹. La adhesión a esta filosofía sentó las bases para los esfuerzos del PiS por restar poder a los tribunales, y aparentemente hacer así posibles sus reformas.

La crítica del PiS al Poder Judicial fue dura y, en parte, estaba diseñada para disminuir la confianza pública en el Poder Judicial hasta el punto de que sus leyes de desempoderamiento no encontraron una oposición demasiado vehemente. El partido contrató a una firma consultora de Washington, D. C., White House Writers Group, para una campaña en inglés con cinco objetivos, incluidos los siguientes:

Explicar que la reforma judicial en Polonia era crucial para la eliminación de la corrupción, la impunidad y las demoras que dificultaban el acceso a la Justicia de miles de ciudadanos polacos cada año. Subrayar que estaba diseñada para restaurar los frenos y contrapesos, eliminados por el Poder Judicial al estilo soviético, que la Polonia recién independizada heredó hace más de un cuarto de siglo¹⁰⁰.

El ministro de Justicia, Zbigniew Ziobro, declaró:

El Poder Judicial tuvo 25 años para depurarse y realizar reformas. Y no han hecho nada, así que perdieron su oportunidad. Hoy los políticos elegidos democráticamente necesitan cambiarlo. La reparación del sistema judicial es el tema más importante por el cual los votantes nos eligieron. No retrocederé en la batalla por la justicia y la equidad en Polonia, y cumpliré el programa cuyo objetivo es que el sistema judicial proteja más a las personas honestas¹⁰¹.

El Gobierno observó que algunos elementos del Poder Judicial podían ser cuestionados y criticados fácil y predeciblemente. Así que utilizó estos elementos para justificar una amplia gama de técnicas de control legislativo sobre el Poder Judicial, anticipando que la protesta pública sería silenciada por el nivel de desconfianza existente en el Poder Judicial en general y en los jueces en particular. La campaña de influencia pública del Gobierno magnificó esta última.

A diferencia de Hungría, donde la mayoría en la Asamblea Nacional unicameral disfrutó de una mayoría absoluta, en el Parlamento bicameral de Polonia la Derecha Unida obtuvo únicamente mayoría simple en las elecciones de 2015 y 2019¹⁰². Por lo tanto, la mayoría parlamentaria en Polonia carecía de los números necesarios para

99 Id.

100 *The Polish National Foundation to Launch its «Fair Courts» Campaign Abroad*, TVN24 (Oct. 31, 2017), <https://www.tvn24.pl/tvn24-news-in-english,157,m/the-polish-national-foundation-to-launchits-fair-courts-campaign-abroad,786067.html>.

101 Zbigniew Ziobro: *Nie cofnę się w walce o sprawiedliwość* { Zbigniew Ziobro: No retrocederé en la lucha por la Justicia}, wnp.pl Parlamentarny (8 de abril de 2017), <https://perma.cc/E4T9-PNYR>

102 Prawo i Sprawiedliwość – PiS recibió en 2015 el 37,58 por ciento de los votos, y en 2019 el 43,59 por ciento de los votos en el Sejm; y el 39,99 por ciento en 2015 y el 44,56 por ciento en 2019 en el Senado.

cambiar el marco constitucional y tuvo que seguir con la reforma a través de la labor del legislador, las decisiones de la Cámara Baja del Parlamento, los nombramientos presidenciales y los nombramientos del Ejecutivo y del ministro de Justicia¹⁰³.

Con un adelanto de lo que sería atacado y reformado, la mayoría polaca en el Parlamento lideró la reforma del Tribunal Constitucional, con influencia en la administración de los tribunales desde el Tribunal Supremo (SC) hasta los tribunales ordinarios.

1.1. *Tribunal Constitucional*

El Tribunal Constitucional fue el primer objetivo para garantizar que los cambios posteriores pudieran aprobarse con menos control¹⁰⁴. El caso polaco comenzó con una importante estrategia para copar la Corte. Como la mayoría gobernante no tenía mayoría constitucional, no podía incrementar el número de jueces¹⁰⁵. El momento para cambiar a los jueces del tribunal no fue el ideal, pero con la ayuda del presidente Duda, se aprovechó la ventaja del partido en las urnas.

Anteriormente, el 25 de junio de 2015, el Gobierno de la Plataforma Cívica (CP) modificó la ley bajo la cual se elegían los jueces de los tribunales. Aunque la regla preexistente había sido que el Parlamento solo podía ocupar un escaño al final de la legislatura de un juez, la nueva regla establecía que el Parlamento podía elegir jueces meses antes de que se produjera una vacante real en la Corte¹⁰⁶. Antes de las elecciones parlamentarias de 2015, la coalición de Gobierno liderada por CP poseía la mayoría para elegir a los candidatos con los que reemplazar a cinco jueces del tribunal, con vencimiento de mandato el 6 de noviembre (tres escaños) y el 2 y 7 de diciembre (dos escaños) respectivamente. El mandato del séptimo Parlamento llegó a su fin el 11 de noviembre. El Parlamento eligió a cinco candidatos para ocupar los escaños del tribunal el 8 de octubre, pero el presidente no los nombró. Uno de los primeros pasos del recién elegido octavo Parlamento fue aprobar una ley sobre el tribunal para revocar las nominaciones del Gobierno anterior de esos cinco candidatos¹⁰⁷.

103 JAN WINTR, *Politický tlak na polský justiční systém v letech 2015–2019*, en *Nezávislost Soudní Moci* 113 (Vojtech Simicek, ed. 2020) (Polaco).

104 KONCEWICZ, T. Farewell to the Separation of Powers: On the Judicial Purge and the Capture in the Heart of Europe, *Verfassungsblog: On matters constitutional* (19 de julio de 2017), <https://verfassungsblog.de/farewell-to-the-separation-of-powers-on-the-judicial-purge-and-the-capture-in-the-heart-of-europe/>.

105 KOSAR D. y ŠÍPULOVA K., «How to Fight Court-Packing?», *Const. Stud.*, n.º 6, 2020, p. 133, (pp. 141-142).

106 KOVÁCS K. y SCHEPPELE, K. L., «The Fragility of an Independent Judiciary: Lessons from Hungary and Poland—And the European Union», *Communist and Post-Communist Stud.*, n.º 51, 2018, pp. 189-194.

107 Véase la Act of Nov. 19, 2015, Amending the Act on the Constitutional Court, (Se modifica lo dispuesto en el artículo 137 sobre nombramiento: Como el candidato debía prestar juramento ante el Presidente de la República «dentro de los treinta días siguientes a la fecha de [su] elección», y que «la prestación

Posteriormente, el Sejm, la Cámara Baja del Parlamento, revocó la elección anterior de los candidatos y nombró a sus propios candidatos, quienes fueron designados inmediatamente para el cargo de jueces del tribunal por el presidente¹⁰⁸.

Un fallo del tribunal del 3 de diciembre de 2015¹⁰⁹ declaró inconstitucional la enmienda de la ley del tribunal del 19 de noviembre de 2015 y ordenó al presidente que nombrara a tres jueces que el Parlamento del séptimo mandato había elegido el 8 de octubre para reemplazar a los jueces cuyo mandato finalizó en noviembre. Los puestos de los jueces que dejarían el tribunal en diciembre debían ser ocupados por el octavo Sejm recién elegido. Ni el presidente ni el Sejm siguieron esta orden, ni una que llegó una semana después¹¹⁰. Entre el PiS y el presidente del Tribunal Constitucional se libró una lucha por tres escaños en la Corte¹¹¹. Eventualmente, otros cambios en la ley que regula los procedimientos judiciales permitieron que un afiliado del PiS asumiera el cargo de presidente interino del tribunal, allanando el camino para que los tres jueces designados por el PiS tomaran posesión del cargo.

Cuando la mayoría parlamentaria se negó a rendir cuentas, el destino del tribunal quedó sellado. La reacción internacional ante el plan de copar la Corte fue la de intentar detener el ataque de Polonia al Estado de Derecho¹¹². La decisión

del juramento será el comienzo del mandato de un juez del Tribunal Constitucional» (Polonia). Véase también *Xero Flor v. Poland*, App. no. 4907/18, para. 18 (May 7, 2021), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210065> (Detallando cómo, el 25 de noviembre de 2015, durante su segunda sesión, la octava Sejm adoptó cinco resoluciones sobre «la falta de efecto legal» (w sprawie stwierdzenia braku mocy prawnej) de las resoluciones sobre la elección de cinco jueces de la Corte Constitucional adoptada por la Sejm anterior, el 8 de octubre de 2015. También se solicitó al Presidente de la República que se abstuviera de recibir el juramento de dichos magistrados). Véase también SADURSKI, W., «Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler», *Hague J. Rule L.*, n.º 11, 2019, p. 63.

108 Véase Comisión de Venecia, *Draft Opinion on Amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland*, CDL (2016) 003 del 26 de febrero de 2016, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(2016\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2016)003-e) (última visita el 25 de mayo de 2021) (documentando cómo el Presidente de la República recibió el juramento de cuatro de los jueces en la noche del 2 al 3 de diciembre, y del quinto juez el 9 de diciembre de 2015).

109 Véase, por ejemplo, Wyrok [Sentencia] del CT [Tribunal Constitucional] de 3 de diciembre de 2015, K 34/15 (Dz. U. 2015.2129) (Polaco); Wyrok [Sentencia] del CT [Tribunal Constitucional] 9 de diciembre de 2015, K 35/15 (Dz. U. 2015.2147) (Polaco).

110 Además, fue denegada por parte del gobierno su publicación, lo que crea la salvedad final para cumplir con el requisito de que una sentencia sea válida y vinculante.

111 Véase, por ejemplo, la Act of 22 December 2015 Amending the Act on the Constitutional Court (Polaco); Judgment of the Constitutional Court, K 8/15 (Jan. 7, 2016) (Polaco); Judgment of the Constitutional Court, K 47/15 (Mar. 9, 2016) (Polaco); Judgment of the Constitutional Court, K 39/16 (Aug. 11, 2016); The Act on the Constitutional Court of 22 July 2016; Judgment of the Constitutional Court, K 1/17 (Oct. 24, 2017).

112 Véase Comisión de Venecia, *Poland, Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal*, Opinion 860/2016 (14 de octubre de 2016) [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD\(2016\)026-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD(2016)026-e). Para recomendaciones fallidas de la Comisión, véase Comisión Europea, *Recomendación de la Comisión (EU) 2016/1374 de 27 de julio de 2016 sobre el imperio de la ley en Polonia*; Comisión Europea, *Recomendación de la Comisión (EU) 2017/146 de 21 de diciembre de 2016 sobre el imperio de la ley en Polonia*.

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en XERO Flor contra Polonia¹¹³ responde a la toma de posesión del tribunal. Mientras tanto, la Comisión y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se han ocupado de otra ola de ataques contra el Poder Judicial polaco. El paso inicial de la mayoría parlamentaria polaca en 2015 puede haber obstaculizado la legitimidad y legalidad del tribunal polaco, ya que el TEDH no reconoce como legal a ninguno de los tres jueces elegidos por el Sejm del octavo mandato que reemplazó a los jueces designados por el séptimo mandato en la nominación para el tribunal¹¹⁴.

1.2. *Cambios en el Consejo de la Magistratura*

La modificación del marco normativo y del personal del Tribunal Constitucional sirvió de base para nuevos cambios en el sistema de justicia. Después de asegurar un resultado favorable para la revisión constitucional, la mayoría parlamentaria dio su siguiente paso. Con la ambición proclamada de reformar el Poder Judicial para mejorar su responsabilidad democrática¹¹⁵, el PiS fijó una agenda que la comunidad internacional consideró más como un ataque que como una reforma: los cambios «permitieron que los poderes legislativo y ejecutivo interfirieran severa y extensamente en la administración de Justicia y, por lo tanto,

complementaria a la recomendación (EU) 2016/1374, 2016 O.J. (L 217); Comisión Europea, *Recomendación de la Comisión (EU) 2017/1520 de 26 de julio 2017 sobre el imperio de la ley en Polonia complementaria a las recomendaciones (EU) 2016/1374 y (EU) 2017/146*, 2016 O.J. (L 228); y Comisión Europea, *Recomendación de la Comisión (EU) 2018/103 de 20 de diciembre de 2017 sobre el imperio de la ley en Polonia complementaria a las recomendaciones (EU) 2016/1374, (EU) 2017/146 y (EU) 2017/1520*, 2016 O.J. (L 17).

113 Xero Flor, App. N° 4907/18.

114 Id. en párr. 282 («Al no respetar su deber de cumplir las sentencias pertinentes de la Corte Constitucional, la actuación de los poderes legislativo y ejecutivo había sido incompatible con el Estado de Derecho...»); Id. en párr. 285: El incumplimiento por parte de las autoridades de las sentencias pertinentes de la Corte Constitucional también se vinculó con su cuestionamiento del papel de la Corte Constitucional como árbitro final en casos relacionados con la interpretación de la Constitución y la constitucionalidad de la ley. También se debe considerar que ese aspecto del caso socava el propósito del requisito «establecido por la ley». Id. en párr. 287: «Las acciones de la legislatura y el ejecutivo por lo tanto equivalían a una influencia externa ilegal en la Corte Constitucional. Los incumplimientos en el procedimiento de elección de los tres jueces, incluido M. M. para la Corte Constitucional habían sido de tal gravedad que menoscabaron la legitimidad del proceso de elección y socavaron la esencia misma del derecho a un «tribunal establecido por la ley».

115 Véase Comisión de Venecia, *Poland, Opinion on the Draft Act Amending the Act on the National Council of the Judiciary, on the Draft Act Amending the Act on the Supreme Court, Proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts*, CDL-AD (2017) 031 de 1 de diciembre de 2017, párr. 33, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2017\)031-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)031-e) (citando el Memorando sobre el Proyecto de Ley de la CNJ, p. 1) («El Memorando explicativo preparado en apoyo de este Proyecto de Ley puso de manifiesto la necesidad de reformar la Corte Suprema de la siguiente manera: los tribunales polacos nunca han sido verdaderamente «descomunitizados»; colaboradores del régimen anterior se infiltraron en el poder judicial y resistieron todos los cambios. Como resultado, la sociedad perdió la confianza en los tribunales. Para restablecer esta confianza fue necesario aumentar el control democrático sobre los jueces y fortalecer su rendición de cuentas. Si la evaluación anterior es correcta es un tema del debate político que se está llevando a cabo en Polonia en este momento).

representaran una grave amenaza a la independencia judicial como elemento clave del Estado de Derecho»¹¹⁶.

El siguiente paso fue «la politización del Consejo de la Judicatura (Krajowa Rada Sądownictwa, KRS) y un intento de hacerse cargo del personal y la organización de la Corte Suprema»¹¹⁷. Como se supone que el KRS salvaguarda la independencia de los tribunales y jueces¹¹⁸, la toma de posesión de este órgano resultaba fundamental para garantizar el control del Poder Judicial. El KRS tiene una posición fuerte en el reclutamiento y promoción de jueces¹¹⁹. Una adquisición de este tipo ofrece ventajas mucho después de llevarla a cabo, ya que da forma a las líneas de toma de decisiones que pueden durar años.

El KRS consta de veinticinco miembros¹²⁰. Antes de 2017¹²¹, quince de los veinticinco miembros fueron elegidos por sus compañeros de entre un grupo de jueces. Otros cuatro eran representantes del Sejm y dos eran representantes del Senado. El presidente designaba a un miembro, y eran miembros el presidente del Tribunal Administrativo Supremo, el presidente del Tribunal Supremo y el ministro de Justicia.

Desde la reforma de 2017¹²², los quince miembros que habían sido elegidos por compañeros jueces son ahora elegidos por el Sejm. Esto creó un fuerte desequilibrio. Anteriormente, diecisiete de los veinticinco miembros del KRS fueron elegidos dentro del Poder Judicial, pero después de 2017, veintitrés de los veinticinco miembros fueron seleccionados por las ramas políticas del poder¹²³. Debido a tal cambio en la representación, la Red Europea de Consejos del Poder Judicial (ENCJ) suspendió al KRS en septiembre de 2018 y bloqueó sus derechos de voto¹²⁴.

116 Véase Id. en párr. 129. Véase también la Declaración del CCJE-BU sobre la situación de la independencia del poder judicial en Polonia del 18 de junio de 2018. El CCJE respondió: «Las leyes sobre la CNJ, la Corte Suprema y la organización del sistema judicial implican un gran paso atrás como se refiere a la independencia judicial, la separación de poderes y el estado de derecho en Polonia».

117 WINTR, supra cit. 103.

118 Véase Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej [Constitución de Polonia] art. 186, párr. 1 [en adelante Constitución polaca].

119 Véase, por ejemplo, la Ley de 8 de diciembre de 2017 por la que se modifica la Ley del Consejo Nacional de la Magistratura; Constitución polaca art. 179.

120 Véase Constitución polaca, art. 187.

121 Véase la Ley de 8 de diciembre de 2017 por la que se modifica la Ley del Consejo Nacional de la Magistratura, Diario Oficial 2018, Punto 5.

122 Véase id.

123 Véase el art. 9a. 1. de la Ley de 12 de mayo de 2011 sobre el Consejo Nacional de la Magistratura (Mostrando que el Sejm selecciona a quince miembros del Consejo entre los jueces de la Corte Suprema, tribunales comunes, tribunales administrativos y tribunales militares por un período común de cuatro años Término de oficina).

124 Véase *ENCJ suspends Polish National Judicial Council*, European networks of councils for the judiciary, <https://www.encj.eu/node/495> (última visita el 25 de mayo de 2021). Véase también GAJDA-ROSZCZYŃSKA & MARKIEWICZ, supra cit. 9 (Destacando que el 17 de mayo de 2020 la Junta propuso a la Asamblea General de la RECJ, que el Consejo Polaco del Poder Judicial (KRS) fuera expulsado como miembro).

1.3. Corte Suprema

La Corte Suprema (S.C.) suele ser el siguiente en enfrentarse a la reforma o al ataque. En Polonia actúa como un tribunal de «instancia extraordinaria», decidiendo en procedimientos de apelación y brindando interpretaciones uniformes de la ley¹²⁵. Además, su posición formal, pero también práctica de autoridad dentro del Poder Judicial, es significativa y goza del respeto tanto de jueces como de los ciudadanos. Cuando el poder político busca un mayor control sobre el Poder Judicial, lógicamente no le conviene preocuparse por las voces resistentes de los altos cargos. La estrategia de llenar rápidamente la Corte, aunque hasta cierto punto es un cambio doloroso, reduce las posibilidades de críticas constantes.

Una ley de 2017 del TS redujo el límite de edad de jubilación de setenta a sesenta y cinco años¹²⁶. Este paso tuvo consecuencias significativas ya que marcó el final del servicio de casi el cuarenta por ciento de los jueces de la Corte Suprema¹²⁷. También recibió una clara respuesta del TJUE¹²⁸, que concluyó que la decisión era discriminatoria.

De acuerdo con la estrategia húngara, el PiS aumentó el número de puestos del SC en 2017¹²⁹. A diferencia de la destitución pacífica del presidente de la S.C. en Hungría gracias a una mayoría absoluta, la primera presidenta polaca de la

125 Véase el art. 1 de la Ley de 8 de diciembre de 2017 por la que se modifica la Ley del Consejo Nacional de la Magistratura, Boletín Oficial 2018, punto 5.

126 Véase el art. 37 de la Ley de 8 de diciembre de 2017 por la que se modifica la Ley del Consejo Nacional de la Magistratura, Diario Oficial 2018, Punto 5:

Un juez de la Corte Suprema se jubilará el día en que cumpla 65 años, a menos que no más tarde de 6 meses de ese día y no antes de 12 meses antes de ese día, presente una declaración por la que esté dispuesto a continuar desempeñando sus funciones y presente un certificado que confirme que su salud no es un impedimento para el desempeño de las mismas, emitido de acuerdo con las reglas especificadas para los candidatos que solicitan el cargo de juez, y el Presidente de la República de Polonia le otorgue la autorización para ejercer sus funciones. continúe desempeñando sus funciones en la Corte Suprema.

127 Véase id. (Mostrando también que la edad de jubilación se fijó en 65 años para los hombres y 60 años para las juezas, para aquellos que la solicitaran). Véase también la Comisión de Venecia, *Poland, Opinion on the Draft Act Amending the Act on the National Council of the Judiciary, on the Draft Act Amending the Act on the Supreme Court, Proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts*, CDL-AD (2017)031 del 11 de diciembre de 2017, párr. 46, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfid=CDL-AD\(2017\)031-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfid=CDL-AD(2017)031-e); Marcin Matczak, *Poland: From Paradigm to Pariah? Facts and Interpretations of Polish Constitutional Crisis* (2018), at 8. <https://papers.ssrn.com/abstract=3138541>.

128 Véase Asunto C-619/18, *Comm'n v. Republic of Poland*, ECLI:EU:C:2019:531 (24 de junio de 2019) <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TEXT/PDF/?uri=CELEX:62018CJ0619&from=EN>:

Al rebajar la edad de retiro de los jueces designados a la Corte Suprema, se aplica esa medida a los jueces en ejercicio designados a esa Corte antes del 3 de abril de 2018 y, en segundo lugar, al otorgar discrecionalidad al Presidente de la República para prorrogar la período de actividad judicial de los jueces de dicho tribunal más allá de la nueva edad de jubilación fijada, la República de Polonia ha incumplido sus obligaciones en virtud de las disposiciones combinadas del artículo 19, apartado 1, párrafo segundo, del TUE y del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ('La Carta').

129 Véase SADURSKI, W., *Poland's constitutional breakdown*, 2019, p. 146. («De 82 a 120. Esto, según evaluaciones conservadoras, crea vacantes de alrededor del 60 por ciento de todos los jueces en el SC, que por supuesto serán ocupados por un «nuevo» KRS.»).

S.C. Małgorzata Gersdorf¹³⁰ luchó contra los intentos de la mayoría absoluta de reemplazarla.

Además, la ley sobre la S.C. creó dos nuevas cámaras que el KRS llenó justo después de la modificación de su composición. Estas cámaras eran la Sala Disciplinaria (D.C.) y la Sala Extraordinaria de Control y Asuntos Públicos. Se suponía que la D.C. se ocuparía de los expedientes disciplinarios de los jueces de la Corte Suprema y de las apelaciones de los casos disciplinarios de los jueces de los tribunales ordinarios. El hecho de que los miembros de la D.C. fueran seleccionados por el KRS, de los cuales el noventa y dos por ciento de los componentes fueran elegidos por el Sejm, fue motivo para que la Comisión llevara a Polonia ante el TJUE en 2019. El TJUE respondió a la pregunta preliminar de la Cámara de Trabajo y Seguridad Social (LSIC) de la Corte Suprema de Polonia sobre si la independencia e imparcialidad de la D.C. como tribunal era dudosa¹³¹. El TJUE confirmó el principio de primacía del Derecho de la UE y afirmó que los tribunales nacionales tenían el derecho y la obligación de no otorgar competencia a un tribunal que no cumpliera los requisitos de independencia e imparcialidad. El TJUE apoyó abiertamente a los jueces polacos que buscaban ayuda fuera de su país.

Tras la sentencia sobre la cuestión preliminar, la LSIC de la S.C. resolvió que la D.C. no reunía los requisitos para ser un tribunal independiente e imparcial¹³². A pesar de esta decisión, la D.C. siguió decidiendo sobre asuntos disciplinarios, lo que llevó a la Comisión Europea a remitir el asunto contra Polonia ante el TJUE, buscando:

Suspender las disposiciones que constituyen el fundamento de la competencia de la Sala Disciplinaria de la Corte Suprema para pronunciarse, tanto en primera instancia como en apelación, en casos disciplinarios relativos a jueces, y abstenerse de trasladar los casos pendientes ante la S.C. a una formación del tribunal que no satisfaga los requisitos de independencia¹³³.

1.4. *Tribunales Ordinarios*

Los tribunales ordinarios no quedaron exentos de las modificaciones del PiS. La edad de jubilación de los jueces de los tribunales ordinarios y la de los fiscales se fijó nuevamente en sesenta y cinco años para los hombres y sesenta años para las mujeres. La anterior ley de tribunales ordinarios establecía el límite de edad

¹³⁰ Véase GRAVER, H. P., *Jussens Helter*, 2020.

¹³¹ Véanse EJC Joined Asuntos C-585/18, C-624/18 & C-625/18, A. K. and Others v. Sąd Najwyższy, ECLI:EU:C:2019:982 Judgment del 19 de noviembre de 2019.

¹³² Véase III PK 7/18, Sentencia del Tribunal Supremo, OSNP 2019/9/110, <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/iii-pk-7-18-wyrok-sadu-najwyzszego-522708241> (Polaco).

¹³³ Véase Comisión Europea v. la República de Polonia, supra cit. 128.

en sesenta y siete años¹³⁴. La nueva ley también otorgó al ministro de Justicia facultades para decidir sobre la prórroga de un mandato¹³⁵.

Al igual que en el caso de la Corte Suprema (SC), la Comisión Europea interpuso recurso ante el TJUE por incumplimiento de obligaciones. Por otra parte, en una situación similar a la del SC, el TJUE concluyó que la disposición sobre las distintas edades de jubilación constituía una discriminación, así como la falta de provisión de recursos suficientes para asegurar el cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por la ley de la UE¹³⁶.

A partir de 2016, el ministro de Justicia¹³⁷ también ostentaba el cargo de fiscal general, y la fuerza de esta superposición¹³⁸ generó preocupaciones. Detrás de la pretensión de una mayor rendición de cuentas del Ministerio Público podría estar oculto el objetivo de ejercer influencia política sobre los fiscales¹³⁹. Al ministro de Justicia también se le confirió el poder de destituir a los presidentes de los tribunales inferiores y nombrar a sus propios candidatos elegidos. Recibió la facultad de designar nuevos jueces, establecer divisiones y secciones de tribunales, así como crearlos o suprimirlos, determinar áreas de competencia territorial, autorizar traslados de jueces a otros tribunales o reasignarlos a otras instituciones estatales, solicitar procesos disciplinarios contra un juez, y apelar contra las decisiones de un tribunal disciplinario¹⁴⁰. El ministro de Justicia destituyó a casi 160 presidentes y vicepresidentes. Se le otorgó carta blanca al fiscal general/ministro en forma de una institución denominada de apelación extraordinaria, que constituía una revisión judicial de las decisiones finales, incluidas las emitidas antes de

134 Véase la Ley de 12 de julio de 2017 (observando que el art. 69(1) de la Ley de tribunales ordinarios fue modificado, en primer lugar, por la ustawa o zmianie ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych oraz niektórych innych ustaw [Ley por la que se modifica la Ley de pensiones de jubilación y otras pensiones a cargo de la Caja del Seguro Social y otras leyes de 16 de noviembre de 2016] (Dz. U. 2017.38; «la Ley de 16 de noviembre de 2016»), que rebajó la edad de jubilación tanto de las mujeres y jueces varones a 65 años. Esa enmienda debía entrar en vigor el 1 de octubre de 2017. Sin embargo, incluso antes de que esa enmienda entrara en vigor, el artículo 69, apartado 1, fue modificado por el artículo 13, apartado 1, de la Ley de modificación del 12 de julio, 2017, una ley que entró en vigor el 1 de octubre de 2017. Como resultado de esa enmienda, la edad de jubilación de un juez se fijó en 60 años para las mujeres y 65 años para los hombres).

135 Véase el artículo 1(26)(b)-(c) de la Ley por la que se modifica la Ley del Sistema de Tribunales Ordinarios y algunas otras leyes del 12 de julio de 2017 (Polaco).

136 Ver Asunto C-192/18, Comisión Europea v. la República de Polonia, ECLI:EU:C:2019:924 (5 de noviembre de 2019).

137 Véase Ley del Ministerio Público del 28 de enero de 2016, JL 2016, artículo 177 (Aprobada por el Sejm el 28 de enero de 2016, por el Senado el 30 de enero de 2016, firmada por el Presidente el 12 de febrero de 2016 y en vigor desde el 4 de marzo de 2016).

138 Ver Comisión de Venecia, *Poland, Opinion on the Act on the Public Prosecutor's Office*, DL-AD (2017)028 (11 de diciembre de 2017), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2017\)028-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)028-e).

139 Véase id.

140 Véase SADURSKI W., «How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding», *Revista forumul judecatorilor*, n.º 1, 2018, pp. 104-147 (que detalla este estatuto, firmado por el Presidente el 24 de julio de 2017).

la vigencia de la ley. El objetivo declarado de esta institución era «garantizar el cumplimiento del Estado de Derecho»¹⁴¹. Además, se le asignó el poder de reabrir cualquier caso decidido en los últimos veinte años¹⁴².

Si la reforma del KRS y de la Corte Suprema y la ocupación de todos los tribunales ordinarios dejaba algunas áreas intactas, el siguiente paso subordinaba completamente a los tribunales inferiores en asuntos administrativos. El 19 de diciembre de 2019, la mayoría oficialista aprobó una reforma de la ley de la Corte Suprema y la ley de tribunales ordinarios, en lo que se conoció como Ley Mordaza¹⁴³. Sobre la base de esta enmienda, se podían iniciar procedimientos disciplinarios contra los jueces que se resistieran a los cambios en el Poder Judicial. La enmienda prohibía las críticas de un juez que pudieran representar «el socavamiento de los principios de funcionamiento de las autoridades de la República de Polonia y sus órganos constitucionales»¹⁴⁴. Esta enmienda también otorgaba al presidente la facultad de elegir y nombrar al primer presidente de la SC¹⁴⁵. En 2020, la mayoría de los jueces de la SC apoyaron a Włodzimierz Wróbel, pero el presidente Duda nombró a Małgorzata Manowska, una jueza que había designado para la SC, para que asumiera el cargo a petición del KRS¹⁴⁶.

Desde las reformas promulgadas en 2017 y, finalmente, con la adopción de la enmienda a la Ley Mordaza, Polonia podría considerarse un país que carece de un Poder Judicial independiente¹⁴⁷. La Comisión de Venecia comentó que la enmienda era responsable de «restringir gravemente la libertad de expresión y

141 Véase TATAŁA M., RUTYNOWKA, E. y WACHOWIEC, P., *Rule of Law in Poland 2020: A Diagnosis of the deterioration of the rule of Law from a comparative perspective*, 2020, p. 21.

142 Véase el art. 115, § 1 de la Ley del Tribunal Supremo (8 de diciembre de 2017). Véase también Comisión de Venecia, *Poland, Opinion on the Draft Act Amending the Act on the National Council of the Judiciary, on the Draft Act Amending the Act on the Supreme Court, Proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts*, CDL-AD (2017)031, para. 53 (11 de Diciembre de 2017), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2017\)031-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)031-e).

143 Véase Proyecto de Ley que reforma la Ley de Organización de los Tribunales Ordinarios, la Ley del Tribunal Supremo y la Ley del Consejo Nacional de la Magistratura de 20 de diciembre de 2019 (Polaco).

144 Véanse las enmiendas del 20 de diciembre de 2019 a la Ley de 27 de julio de 2001 sobre la organización de los tribunales comunes, artículo 9 d) (que muestra que la cuestión de las deliberaciones del colegio de jueces y el autogobierno judicial no pueden ser asuntos políticos, en particular, está prohibido adoptar resoluciones que socaven los principios de funcionamiento de las autoridades de la República de Polonia y sus órganos constitucionales). Véanse también las enmiendas a la Ley del Sistema de Tribunales Comunes, la Ley de la Corte Suprema, la Ley de la Corte Suprema, la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura y algunas otras leyes del 20 de diciembre de 2019, CDL-REF (2020) 002.

145 Se es elegido o elegida de entre los jueces del Tribunal Supremo por el Presidente de la República de Polonia si, en virtud de las disposiciones de la Ley sobre el SC, hay 5 candidatos para el nuevo cargo de Primer Presidente del Tribunal Supremo, elegido por el General Asamblea de la Corte Suprema —no son presentados al Presidente por la Asamblea General.

146 TATAŁA, RUTYNOWKA & WACHOWIEC, supra cit. 141.

147 Véase PECH, L., WACHOWIEC P. y MAZUR, D., «Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In) Action», *Hague J. Rule L.*, n.º 13, 2021, pp. 1, 3 (citando a MARCIZ, P., «Discipline and Punish: New Polish Reforms of the Judiciary», *Verfassungsblog: on matters constitutional* (22 de diciembre de 2019), <https://verfassungsblog.de/discipline-and-punish>, («descaradamente inconstitucional» además de ser flagrantemente contrario a la legislación de la UE.)).

asociación de los jueces, impidiéndoles que examinen si otros tribunales dentro del país son ‘independientes e imparciales’ según las normas europeas»¹⁴⁸.

A pesar de las críticas internacionales, el Poder Judicial polaco, que alguna vez fue considerado uno de los más estables y efectivos de la región, sigue bajo asedio. Por un lado, el marco constitucional no se ha modificado, como se hizo en Hungría, y todavía existe una enérgica resistencia entre los jueces. Por otro lado, se recuerda que «la Polonia de Kaczynski será dentro de cinco años el Estado de Orbán porque Orbán gobernó Hungría durante mucho más tiempo que el PiS en Polonia»¹⁴⁹.

2. Hungría

El ataque sistémico a la independencia judicial en Hungría ha sido incluso más profundo que en Polonia. Con el respaldo de una gran mayoría en el Parlamento, el Gobierno se ha comprometido a enmendar la Constitución¹⁵⁰. Casi no hay oposición en Hungría, a diferencia de Polonia, donde todavía es intensa¹⁵¹, y la influencia de los oligarcas es mucho más sustancial en Hungría¹⁵².

El ataque sistémico perpetrado contra la independencia judicial fue, en parte, también un ataque a la imagen pública. En el 150 aniversario de la promulgación por el Parlamento húngaro de una ley que protege la independencia judicial, el presidente del Parlamento, László Kövér, pronunció un impactante discurso de apertura. Comenzó diciendo que «hace 150 años la pregunta era si el Estado húngaro quería garantizar la independencia de los jueces. Hoy la pregunta es si los jueces húngaros quieren garantizar la independencia del Estado»¹⁵³.

La independencia judicial en Hungría ha llamado la atención de la UE y de las instituciones del Consejo de Europa (CoE) desde 2010¹⁵⁴, y ha seguido siendo

148 Véase Comisión de Venecia, *Poland, Joint Urgent Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on amendments to the Law on the Common courts, the Law on the Supreme court and some other Laws*, CDL-AD (2020)017 de 16 de enero de 2020, párr. 59, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)002-e).

149 Véase SADURSKI, supra cit. 140.

150 Véase, p. ej., Hungary: Democracy under Threat, International Federation of Human Rights (Nov. 2016), https://www.fidh.org/IMG/pdf/hungary_democracy_under_threat.pdf; Eva S. Balogh, Soon Enough, Hungarian Judicial Independence Will Exist Only in History Books, *Hungarian Spectrum* (24 de abril de 2019), <https://hungarianspectrum.org/2019/04/24/soonenough-hungarian-judicial-independence-will-exist-only-in-history-books/>.

151 DRINÓCZI T. y BIEŃ-KACALA, A., «Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland», *German L.J.*, n.º 20, 2019, pp. 1140, 1142.

152 Véase MAGYAR, B., *Post-Communist Mafia State. The Hungarian case*, 2016.

153 Véase BALOGH, supra cit. 150.

154 Véase, por ejemplo, KOVÁCS & SCHEPPELE, supra cit. 106; Hungary: Legislative Changes Threaten Democracy and Human Rights, Commissioner for Human Rights, https://www.coe.int/en/web/commissioner/view/-/asset_publisher/ugj3i6qSEkhZ/content/hungary-legislative-changes-threaten-democracy-and-human-rights (última visita el 25 de mayo de 2021); *European Commission launches accelerated infringement*

un asunto difícil para las ambiciones del Estado de Derecho en la UE desde entonces. La situación en Hungría está determinada por los resultados de las tres últimas elecciones parlamentarias, que tuvieron lugar en 2010, 2014 y 2018, cuando el partido político Fidesz y el KDNP (Partido Popular Demócrata Cristiano) recibieron suficientes votos para aprobar una nueva Constitución que modificara la estructura institucional en Hungría. A diferencia de Polonia, en Hungría fue posible acometer los cambios a nivel constitucional, lo que allanó el camino a los partidos a la hora de aprobar enmiendas. Con una mayoría de dos tercios, el primer ministro Viktor Orbán podría crear una nueva estructura para apoyar su concepto de «democracia iliberal»¹⁵⁵.

2.1. Nueva Constitución

Apenas un año después de dar comienzo su mandato, la coalición gobernante enmendó doce veces la Constitución heredada¹⁵⁶. Finalmente, el 18 de abril de 2011, la Asamblea Nacional de la República Húngara adoptó una nueva Constitución: la Ley Fundamental de Hungría. Es posible que este paso no haya sido visto con alarma. La República Popular Húngara adoptó la Constitución anterior en 1949¹⁵⁷, y fue el último país de la CEE en aprobar una nueva Constitución después de la caída del comunismo.

Sin embargo, el proceso de elaboración de la Constitución fue criticado¹⁵⁸ por falta de transparencia, omisión de la sociedad civil en los debates, deficiencias en el diálogo entre la mayoría y la oposición, espacios insuficientes para el debate

proceedings against Hungary over the independence of its central bank and data protection authorities as well as over measures affecting the judiciary, Comisión Europea, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_12_24 (última visita el 25 de mayo de 2021) (Observando el procedimiento urgente de infracción contra Hungría por la reducción de la edad de jubilación obligatoria para jueces, fiscales y notarios públicos); Comisión de Venecia, Hungría, Opinion on the Cardinal Acts on the Judiciary That Were Amended Following the Adoption of Opinion, CDL-AD (2012) 001, CDL-AD(2012) (020) (Oct. 15, 2012), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2012\)020-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2012)020-e) (Presentación al procedimiento del artículo 7.1 TUE iniciado por el Parlamento Europeo. Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la determinación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de Hungría. Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2018 sobre una propuesta en la que se insta al Consejo a determinar, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se basa la fundación de la Unión (2017/2131(INL)).

155 Véase DRINÓCZI T. y BIEN-KACALA, A. *supra cit.* 151. Para el concepto de democracia iliberal, ver ZAKARIA F., «The Rise of Illiberal Democracy», *Foreign Aff.*, n.º 76, 1997, p. 22; BUGARIČ B. y GINSBURG T., «The Assault on Postcommunist Courts», *J. of Democracy*, n.º 27, 2016, p. 69, (pp. 73-75).

156 Véase KOVÁCS y SCHEPPELE, *supra cit.* 106.

157 Aunque fue sustancialmente enmendado en 1989.

158 Véase Comisión de Venecia, Hungría, Opinion on the New Constitution of Hungary, CDL-AD (2011) 016 Or (20 de junio de 2011), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)016-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)016-e).

público y plazo extremadamente corto para su creación¹⁵⁹. Por otra parte, lo que suscitó en 2011 las preocupaciones de la Comisión de Venecia fue la cantidad de asuntos relegados a la regulación a través de leyes esenciales¹⁶⁰, incluyendo temas que no necesitaban tanta rigidez y debían dejarse para un proceso político de mayoría simple¹⁶¹. Estas leyes fundamentales podrían ser permanentes debido a su difícil manejo e imposibilidad de revisión constitucional.

La estructura del sistema de Justicia se modificó drásticamente. Para los propósitos de este artículo, presentaremos las principales fuentes y mecanismos de este cambio. Nos centraremos en tres vías, cada una de las cuales está conectada con la nueva Ley Fundamental y la legislación relacionada. La primera fue un cambio de marco para la Corte Constitucional. La segunda fue el cambio en el personal y el marco normativo de la Corte Suprema y los tribunales generales, y la tercera fue el cambio en la administración de los tribunales.

2.2. *Limitación de la Corte Constitucional*

Hungría cuenta con un sistema parlamentario unicameral y con la Corte Constitucional (CC) como mecanismo de control más potente de la estructura constitucional¹⁶². Se siguieron tres estrategias para su limitación. La primera fue limitar lo que la CC no puede decidir o lo que no puede ser referenciado en la toma de decisiones. En segundo lugar, se utilizó una estrategia de ocupación de tribunales para modificar la composición del personal de la CC¹⁶³. En tercer lugar, se establecieron mandatos para ordenar lo que debe tener en cuenta la CC en su toma de decisiones.

La Corte Constitucional (CC) se limita a referirse a su propia jurisprudencia anterior al 1 de enero de 2012. Esta estrategia de limitar a la CC en su toma de decisiones se hace visible en el quinto párrafo de las disposiciones finales de la Ley Fundamental: «Las decisiones de la Corte Constitucional adoptadas antes de la entrada en vigor de la Ley Fundamental quedan derogadas sin perjuicio de los efectos jurídicos que produzcan dichas decisiones»¹⁶⁴. Esta nueva disposición

159 Véase id. en párr. 144.

160 Sobre las leyes cardinales, véase MAZZA, M., «The Hungarian Fundamental Law, the New Cardinal Laws and European Concerns», *Acta Juridica Hungarica*, n.º 54, 2013, p. 140 (También destaca la existencia de leyes orgánicas, cuya aprobación requiere la mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los miembros presentes en el Parlamento).

161 Para ejemplos de políticas culturales, religiosas, morales, socioeconómicas y financieras, véase Comisión de Venecia, Hungary, Opinion on the New Constitution of Hungary, CDL-AD (2011) 016 Or (Jun. 20, 2011), para. 145, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)016-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)016-e).

162 KOVÁCS y SCHEPPELE, *supra* cit. 106.

163 Para estrategias de manipulación de la composición de los tribunales con fines partidistas (court-packing), véase KOSAR y ŠIPULOVA, *supra* cit. 105.

164 Ley fundamental húngara, Disposiciones transitorias, párr. 5 (25 de abril de 2011).

legal hizo que las decisiones anteriores fueran irrelevantes para la toma de decisiones futuras y, por lo tanto, el argumento de la CC de seguir cualquier tipo de precedente fue invalidado. En consecuencia, la CC podría decidir en un nuevo plano en materia de conflicto de leyes con la Constitución.

Esta disposición no prohíbe el uso de los mismos argumentos¹⁶⁵ utilizados en el pasado, pero cuando está acompañada de nuevos jueces que favorecen la interpretación de la discontinuidad de la antigua Constitución o simplemente son favorables a Viktor Orbán, la CC tiene una sólida defensa para no estar obligada por la jurisprudencia anterior. Tal estrategia de liberar a la CC de su historia es muy efectiva cuando se combina con una estrategia de saturación de tribunales. Además, la CC también cuenta con jueces que están dispuestos a apartarse de la jurisprudencia anterior.

La opción de revisión constitucional de los actos constitucionales fue una cuestión marginal en Hungría durante muchos años¹⁶⁶. La CC húngara se aferró a la doctrina de que no revisar la constitucionalidad de las enmiendas a la Constitución:

Debido a la estrecha conexión entre la disposición por la que entra en vigor la reforma de la Constitución con efectos inmediatos y las disposiciones que pasan a ser texto normativo de la de la misma como consecuencia de dicha reforma, la Corte Constitucional no puede examinar la constitucionalidad de la disposición por la que entra en vigor dicha reforma, ya que ello redundaría en que la Corte excediera su ámbito competencial institucionalizado para la tutela de la Constitución, y asumiera el ámbito de la potestad de establecerla, por lo que no solo interpretaría las disposiciones, sino necesariamente las calificaría también¹⁶⁷. La competencia constitucional supuestamente pertenecía a la Asamblea Nacional. En 2012 la CC cambió esta tradición al decidir: «La obligación de la Corte Constitucional de proteger la Ley Fundamental incluye el deber de protegerla como un documento único y unificado con el contenido normativo y la estructura adoptada por el poder constituyente: como un solo y unificado documento legal, haciéndolo incuestionable y estable para todos»¹⁶⁸. La reacción de desaprobación del Parlamento no se hizo esperar. En 2013, la Cuarta Enmienda a la Ley Fundamental limitó la revisión de la CC a «los requisitos procesales previstos en la Ley Fundamental para su elaboración y promulgación»¹⁶⁹.

165 Alkotmánybíróság (AB) [Tribunal Constitucional] Sentencia 22/2012. (V. 11.) (interpretando el párrafo (2)-(4) del Art. (E) de la Ley Fundamental (V. 11.), párrafo 40) (Hungría) (Observando que, en los nuevos casos el Tribunal Constitucional podrá utilizar los argumentos incluidos en su decisión anterior adoptada antes de la entrada en vigor de la Ley Fundamental en relación con la cuestión constitucional regulada en la decisión dada, siempre que ello sea posible sobre la base de las disposiciones concretas y las reglas de interpretación de la Ley Fundamental, de igual o análogo contenido a las disposiciones incluidas en la Constitución anterior).

166 SZAKÁLY, Z., «Two Sides of the Same Coin: Internal and External Protection of the Material Core of the Constitution – The Eternity Clauses as the Internal Protection», en *Zborník Z Medzinárodnej Vedeckej Konferencie: Bratislavské Právnické Fórum*, 14 de febrero de 2020).

167 Alkotmánybíróság (AB) [Corte Constitucional] Sentencia 1260/B/1997 (Hungría).

168 Alkotmánybíróság (AB) [Tribunal Constitucional] Sentencia 45/2012. (XII. 29.) (Hungría).

169 Ley Fundamental húngara art. 24, párr. 5.

Además, la jurisdicción de la CC está ligada a la situación financiera del país pues es competente para la revisión de las Leyes sobre los Presupuestos Generales del Estado, impuestos estatales, pensiones, contribuciones sanitarias, derecho a la vida y dignidad humana, derecho a la protección de datos personales, libertad de pensamiento, conciencia y religión, y derechos relacionados con la ciudadanía húngara, si en algún momento la deuda pública supera la mitad del producto interior bruto (PIB) total¹⁷⁰. Antes de que la deuda pública caiga por debajo del cincuenta por ciento del PIB¹⁷¹, la CC no decidirá sobre la conformidad de estas leyes con la Ley Fundamental¹⁷².

El proceso de ocupar las Cortes se inició incluso antes de que entrara en vigor la Ley Fundamental. En 2011 el número original de jueces de la CC aumentó de once a quince¹⁷³, con cuatro nuevos jueces elegidos por una mayoría de dos tercios del nuevo Gobierno en la Asamblea Nacional. Además, se amplió el mandato de los jueces de nueve a doce años y se suprimió la edad de jubilación de setenta años. En 2013, once de los quince jueces habían sido designados por la coalición gobernante Fidesz-KDNP (Partido Popular Demócrata Cristiano).

La tercera estrategia se dirigió principalmente a las Cortes Generales, aunque afectó significativamente a la CC. En 2018, la Asamblea Nacional adoptó la Séptima Enmienda a la Ley Fundamental de Hungría. Además de crear tribunales administrativos, la enmienda también estableció que el punto de partida para que los jueces interpreten la ley debe ser un memorando explicativo adjunto a las propuestas legislativas:

En el curso de la aplicación de la ley, los tribunales interpretarán el texto de las leyes principalmente de acuerdo con su propósito y con la Ley Fundamental. En el curso de determinar el propósito de una ley, se considerará principalmente su preámbulo y la justificación de su propuesta o enmienda. Al interpretar la Ley o leyes fundamentales, se presumirá que sirven a fines morales y económicos que son conformes al sentido común y al bien público¹⁷⁴.

Aprobar una guía vinculante y políticamente interpretativa para los jueces no logra aislarlos de la política y, por lo tanto, representa una amenaza significativa a su independencia e imparcialidad. Esta medida también reduce la independencia

170 Ley Fundamental húngara art. 37, párr. 4.

171 *Euro Area and EU27 Government Deficit Both at 0.6% of GDP*, Eurostat, <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/10294648/2-22042020-AP-EN.pdf> (2020) (Mostrando que, en 2019, la deuda era del 66,3 por ciento y, en 2010, era más del ochenta por ciento). Véase también Estructura de la deuda pública en Europa en 2010, Eurostat, <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3433488/5580012/KS-SF-11-068-EN.PDF/b6702d03-bed8-416a-9879-732564dcb08e?t=1414693427000> (2011).

172 Véase MESZAROS, L., «Aktuálne otázky nezávislosti justície v Maďarsku», en ŠIMÍČEK, V. (ed.), *Nezávislosť Soudní Moci*, 2020, en p. 123.

173 Véase Ley CLI de 2011 sobre el Tribunal Constitucional, § 7, párr. 1.

174 Véase la Ley Fundamental húngara, art. 28. Véase también HALMAI G., «A Coup Against Constitutional Democracy: The Case of Hungary», *Constitutional Democracy in crisis*, 2018, p. 240.

de la toma de decisiones judiciales al restringir la discrecionalidad de los jueces para interpretar la ley. Además, el razonamiento lo prepara un ministro o incluso un diputado individual y no forma parte de la ley, por lo que no es un acto normativo y no puede estar sujeto a revisión constitucional. En consecuencia, la mayoría gobernante puede instruir a los jueces para que interpreten una ley con respecto a un fin político que incluso podría ser inconstitucional¹⁷⁵.

Este deber de los tribunales ordinarios coloca a la CC en una posición de decidir sobre una sentencia de un tribunal general que se sustenta en disposiciones aclaratorias excluidas del control de constitucionalidad. Así, la CC se subordina a la voluntad del legislador.

2.3. *Kúria y tribunales ordinarios*

La segunda en la fila para un cambio drástico fue la Corte Suprema, que volvió a su antigua denominación, Kúria, y recibió un nuevo marco normativo y de personal. La estrategia para la ocupación de la Corte aplicada aquí fue opuesta a la utilizada para la CC. En lugar de eliminar el límite de edad, se redujo. Además, en lugar de traer jueces adicionales, la estrategia fue despedir a los anteriores antes de que llegaran los nuevos. La rebaja del límite de edad de setenta a sesenta y dos¹⁷⁶ provocó un éxodo de un gran número de jueces¹⁷⁷. El hecho de que el límite de edad fuera declarado inválido por la CC¹⁷⁸, no impidió que la reforma tuviera éxito en su propósito. En 2013 la modificación de la Ley CLXII de 2011¹⁷⁹ permitía a los jueces solicitar compensación o reintegro, pero muchos de los despedidos de la Kúria no estaban dispuestos a regresar o ya habían superado los

175 Hungarian Helsinki Committee, *Independence of the Judiciary Under Attack in Hungary*, Organization for Security and Co-operation in Europe (12 de septiembre de 2018), <https://www.osce.org/odihr/393824>

176 Véase Asunto C-286/12, Comisión Europea v. Hungría (6 de noviembre de 2012) («Declarando que, al adoptar un plan nacional que exija la jubilación obligatoria de jueces, fiscales y notarios cuando alcanzan la edad de 62 años —que dé lugar a una diferencia de trato por razón de edad que no sea proporcionada en relación con los objetivos perseguidos.»).

177 Véase la Ley de Disposiciones Transitorias de la Ley Fundamental (2011) art. 11. (Observando que, más específicamente, las nuevas normas sobre la edad máxima de jubilación dieron lugar a la destitución de facto de 20 de los 74 jueces del Tribunal Supremo) (Hungría). Ver también KOSAŘ, D. & ŠÍPULOVÁ, K., «The Strasbourg Court Meets Abusive Constitutionalism: Baka v. Hungary and the Rule of Law», *Hague J. Rule L.*, n.º 10, 2018, p. 83; KOVÁCS & SCHEPPELE, supra cit. 106 («La gran mayoría de los jueces superiores —entre el diez y el quince por ciento de todos los jueces del país, y desproporcionadamente incluidos los jueces en el liderazgo de los tribunales— se vieron obligados a dejar el cargo casi de inmediato.»). European Comm'n, *European Commission Launches Accelerated Infringement Proceedings against Hungary Over the Independence of its Central Bank and Data Protection Authorities as well as Over Measures Affecting the Judiciary*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_12_24 (17 de enero de 2012) (Se observa que la Comisión Europea inició un procedimiento de infracción acelerado por la independencia de su Banco Central y las autoridades de protección de datos, así como sobre las medidas que afectan al poder judicial).

178 Véase Alkotmánybíróság (AB) [Tribunal Constitucional], MK. 33/2012, VIII. 17 (Hungría).

179 Véase la Ley XX de 2013. (Hungría).

setenta años cuando el TJUE resolvió al respecto¹⁸⁰. La reforma dio como resultado que solo unos pocos líderes administrativos judiciales, mayores de sesenta y dos años, permanecieran en el Poder Judicial después de 2012¹⁸¹.

Un ejemplo bien conocido es el del ex presidente de la Corte Suprema, András Baka¹⁸², quien fue destituido de su cargo cuando entró en vigor la nueva Ley Fundamental¹⁸³. Además, no pudo postularse para el cargo ya que no cumplió con el requisito de haber servido al menos cinco años como juez en Hungría. Baka había sido juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos durante diecisiete años. El requisito de los cinco años cumplidos en un tribunal en Hungría podría percibirse como una represalia contra Baka por sus críticas a las acciones del Gobierno contra el Poder Judicial, que era parte de su trabajo como presidente de la Corte Suprema (SC)¹⁸⁴.

2.4. *Administración de tribunales*

Finalmente, la tercera forma de atacar al Poder Judicial fue a través de la administración de los tribunales. Para la estrategia de copar los juzgados de Kúria y los generales era crucial controlar la selección y el nombramiento de los nuevos jueces, ya que los antiguos se vieron obligados a dimitir debido a la reducción del límite de edad. Se suponía que de esta cuestión se ocuparía el presidente de la Oficina Judicial Nacional (NJO), que fue establecida por el Parlamento en 2012¹⁸⁵ como órgano unipersonal de decisión en materia de contratación, promoción, gestión de los presupuestos judiciales y cuestiones disciplinarias¹⁸⁶. El cuerpo elegido por los

180 Véase Alkotmánybíróság (AB) [Tribunal Constitucional], MK. 33/2012, VIII. 17 (Húngaro) (Demuestra que, en 2012, la Corte Constitucional resolvió, ante las críticas internacionales del TJUE, las disposiciones de la Ley sobre la Condición Jurídica y Remuneración de los Magistrados que rebajó la edad de jubilación obligatoria de los jueces a la edad general de jubilación a partir del 1 de enero de 2012 son inconstitucionales). Véase también TJUE, Asunto C-286/12, *Commission v. Hungary*, ECLI:EU:C:2012:687 (6 de noviembre de 2012) (declara que, adoptando la normativa nacional sobre la jubilación forzosa de jueces, fiscales y notarios alcancen la edad de 62 años, se da lugar a una diferencia de trato por razón de edad que no es proporcionada en relación con los fines perseguidos.).

181 Véase MESZAROS, *supra cit.* 172.

182 *Baka v. Hungría*, aplicación. n.º 20261/12 (23 de junio de 2016), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:%2220261/12%22}}>.

183 La Ley de Disposiciones Transitorias de la Ley Fundamental, art. 11, párr. 2 (2011) (Hungría).

184 Véase KOSAŘ y ŠIPULOVÁ, *supra cit.* 177, en FT.54 (que indica que Baka presentó una solicitud ante el TEDH para que su «mandato terminara como resultado de las opiniones y posiciones que había expresado públicamente en su calidad de Presidente del Tribunal Supremo Corte sobre reformas legislativas que afectan al Poder Judicial, lo que constituye una violación a su libertad de expresión.»). Esta enmienda constitucional fue adoptada el 29 de noviembre de 2011 y entró en vigor el 2 de diciembre de 2011, es decir, unos días antes de la elección del nuevo presidente de la Corte Suprema.

185 Véase la Ley CLXI de 2011 sobre la Organización y Administración de los Tribunales (Hungría).

186 Véase la Ley fundamental húngara, art. 25, párr. 5. Véase también Letter from the Commissioner for Human Rights, to Janos Martonyi, Minister for Foreign Affairs of the Republic of Hungary, <https://>

jueces, el Consejo Nacional de la Judicatura (NCJ), carecía de cualquier poder significativo, y el poder de la NJO fue criticado como desequilibrado debido a su posición de poder frente a los jueces¹⁸⁷. La posición del presidente de la NJO recibió críticas internacionales. Fue visto como un «tomador de decisiones crucial de prácticamente todos los aspectos de la organización del sistema judicial y con amplios poderes discrecionales que en su mayoría no están sujetos al control judicial». La NJO no puede ser percibida como un organismo de autogobierno judicial, ya que sus miembros son elegidos por la Asamblea Nacional¹⁸⁸.

El poder desequilibrado sobre los jueces, principalmente a través del nombramiento de los presidentes de los tribunales y la capacidad de transferir casos¹⁸⁹ o regular la jubilación anticipada de estos, se convirtió en blanco de objeciones. Las críticas iniciales de los organismos internacionales alentaron al Parlamento a trasladar la NJO al nivel constitucional¹⁹⁰.

En septiembre de 2013, el Parlamento tomó medidas para restringir el poder del presidente de la NJO y poner la oficina bajo la supervisión del NCJ. Sin embargo, esto sucedió después de «la tormenta», que había comenzado veinte meses antes, en enero de 2012. Los cambios a nivel nacional como reacción a las objeciones internacionales se volvieron aún más controvertidos que antes, ya que

rm.coe.int/16806db8b1 (16 de diciembre de 2011) (Tomando nota de que las preocupaciones iniciales ya fueron transmitidas en 2011 por el Comisionado de Derechos Humanos); Comisionado de Derechos Humanos, Hungría: Los cambios legislativos amenazan la democracia y los derechos humanos, Consejo de Europa, (1 de diciembre de 2012) <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/hungary-legislative-changes-threaten-democracy-and-humanrights>. La Comisión de Venecia manifestó su inquietud en marzo de 2012 sobre el poder el Presidente de la NJO. Véase la Comisión de Venecia, Hungary, Opinion on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 on the Organisation and Administration of Courts, para. 118 (19 de marzo de 2012), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2012\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2012)001-e) (criticando la posición de la NJO por tener «un tomador de decisiones crucial en prácticamente todos los aspectos de la organización del sistema judicial»).

187 Véase Comisión de Venecia, Opinión sobre la Ley CLXII de 2011 sobre la condición jurídica y la remuneración de los Jueces y la Ley CLXI de 2011 sobre la Organización y Administración de los Tribunales de Hungría, Consejo de Europa, Opinión No. 663/2012, para. 118 (19 de marzo de 2012), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2012\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2012)001-e) (En el que se critica la posición de la NJO por tener un «tomador de decisiones crucial en prácticamente todos los aspectos de la organización del sistema judicial»).

188 Véase id. en párr. 42.

189 Este poder fue abolido posteriormente cuando entró en vigor la Ley CXXXI de 2013, que abolió el derecho del Presidente de la NJO a transferir casos de un tribunal a otro.

190 Véase Eötvös Karoly Policy Institute, «Main Concerns Regarding the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary», at 4-5 (26 de febrero de 2013) (Observando que el derecho a reasignar casos en la Ley CLXI de 2011 sobre la organización y administración de los Tribunales se basó en el Artículo 11 (3) de las Disposiciones Transitorias de la Ley Fundamental, que establece que el Presidente de la OJN podrá ejercer su facultad de reasignación de casos «hasta que se haya realizado una distribución equilibrada de la carga procesal entre los tribunales». 29.), porque no se consideró como una disposición transitoria en su carácter. Sin embargo, la Cuarta Enmienda de la Ley Fundamental mantiene el derecho del Presidente de la ONJ a transferir casos, pero también suprime el carácter transitorio del sistema de transferencia de casos. Este movimiento está en clara contradicción con el punto de vista de la Comisión de Venecia, y agrava la violación del principio a un juez legítimo).

pasaron a formar parte de la Ley Fundamental¹⁹¹, como el cambio en la transferencia de casos por parte del presidente de la NJO¹⁹². Aunque el poder de la NJO era nominalmente limitado, se mantuvo el poder real¹⁹³. La posición fáctica del presidente de la NJO ha seguido creando tensión hacia el Poder Judicial, especialmente hacia el NCJ, y en los últimos años ha llevado a una «crisis constitucional»¹⁹⁴.

A pesar de enfrentar intensas críticas por parte de los jueces, la asociación judicial y el NCJ, el presidente de la NJO Tünde Handó se convirtió en juez de la Corte Constitucional (CC) en 2020, en sustitución de István Stumpf, el último miembro de la CC que había sido designado antes de la elección de Orbán¹⁹⁵.

Tal cambio estructural en el sistema de Justicia logró los resultados previstos. La aplicación exitosa de Baka no cambió la situación en el contexto nacional húngaro. Del mismo modo que los jueces destituidos tras la promulgación de nuevos límites de edad triunfaron en la CC pero no garantizaron su posición en los tribunales, en el caso de Baka, nuevamente, la intención de la mayoría parlamentaria fue exitosa. Sin embargo, Hungría todavía experimenta cierta disidencia contra la interferencia política en el Poder Judicial. El NCJ se enfrentó con el presidente de la NJO en 2018, con una significativa resistencia por parte de los miembros del

191 Véase Consejo Nacional de la Judicatura, *Report by the Committee Established by NJC Decision 101/2018 (X.03.) to Review the Practice Adopted by the President of the NOJ During the Evaluation of Applications for Single Judge and Court Management Positions and the President's Performance of its Obligations in Respect of the NJC* (28 de enero de 2019) (Húngaro).

192 Compárese con las disposiciones transitorias originales, art. 11, párr. 3 («En interés de la aplicación del derecho fundamental a una decisión judicial dentro de un plazo razonable según lo dispuesto en el Artículo XXVIII (1) de la Ley Fundamental, hasta que se haya realizado una distribución equilibrada de la carga de casos entre los tribunales, el Presidente de la Oficina Judicial de la Nación podrá designar un tribunal distinto del de competencia general pero con la misma jurisdicción para conocer de cualquier causa»); con la Ley de disposiciones transitorias de la Ley Fundamental (2011) art. 27, párr. 4 («En interés de la aplicación del derecho fundamental a una decisión judicial dentro de un tiempo razonable y una distribución equilibrada de la carga de casos entre los tribunales, el Presidente de la Oficina Judicial Nacional puede designar un tribunal, para los casos definidos en una Ley cardinal y de una manera definida también en una Ley cardinal, que no sea el tribunal de competencia general pero con la misma jurisdicción para adjudicar el caso») (Húngaro).

193 Véase *Fourth Evaluation Round, Hungary*, en párr. 97, Consejo de Europa, Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), <https://rm.coe.int/fourth-evalue-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680969483> (2019):

No se han hecho avances para revisar los poderes del presidente de la NJO en la selección de candidatos y fortalecer los de la NJC para reducir los poderes legales y reasignar jueces sin su consentimiento, y para limitar la inmunidad de los jueces a las actividades relacionadas con su participación en el ejercicio de la Justicia.

194 Véase Asociación Europea de Jueces, *Report on the Fact-Finding Mission of the EAJ to Hungary*, Magyarorszag Birosagai, https://birosag.hu/sites/default/files/users/2019.05.17_Report%20EAJ%20Hungary.pdf (agosto de 2019). Desde mayo de 2018, el poder judicial húngaro se enfrenta a una situación muy grave que, en algunos aspectos, se acerca a una «crisis constitucional» debido a la actividad del presidente de la NOJ que niega cualquier colaboración con el Consejo Judicial Nacional. Así, los dos órganos de autogobierno judicial, la Oficina Nacional de la Magistratura (NOJ) y el Consejo Nacional de la Magistratura (NJC), ya no pueden trabajar juntos, lo que conduce a un bloqueo y, por lo tanto, a la imposibilidad de que la NJC perciba sus tareas de supervisión.

195 Véase ZOLTÁN K. «Parliament Elects Tünde Handó to the Constitutional Court and Reelects Prosecutor General Péter Polt», (4 de noviembre de 2019) https://index.hu/english/2019/11/04/hungary_parliament_tunde_hando_constitutional_court_peter_polt_prosecutor_general/.

NCJ. Uno de sus miembros, Csaba Vasvári, se dirigió al TJUE con una pregunta preliminar sobre la independencia judicial en Hungría¹⁹⁶. Posteriormente, la Kúria alegó la ilegalidad de la misma¹⁹⁷, y el presidente del Tribunal Regional presentó una moción de procedimiento disciplinario contra Vasvári. Con este ejemplo y el castigo del ex presidente de la Corte Suprema Baka, crece el activismo del Poder Judicial para que sus miembros no sean sancionados por cumplir con sus funciones y no estén subordinados a actores políticos. Además, debido a la fuerte resistencia de los jueces, ciudadanía y comunidad internacional contra la influencia del ministro de Justicia en los nuevos tribunales administrativos¹⁹⁸, se abandonó en 2020 el plan para establecer un Poder Judicial administrativo¹⁹⁹.

V. EL ATAQUE INSIDIOSO

1. Estados Unidos

En el contexto de EE. UU., se discutirá un tipo particular de ataque que denominaremos insidioso. Por lo tanto, omitiremos la discusión sobre las propuestas de ocupación del Capitolio²⁰⁰ que crearían un ataque sistémico en nuestra categorización. Debido a la calidad específica de la retórica de los actores políticos, nos referiremos principalmente a declaraciones y opiniones expresadas públicamente.

196 Véase ECJU, Caso C-564/19, Resumen de la solicitud de decisión preliminar de conformidad con el artículo 98 (1) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, (2019), <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=D2D4B6802D6157B56B13A537B93E24BE?text=&docid=220134&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4965104>.

197 Véase MARIANNA B. y ZOLTÁN K., «Request for the European Court of Justice to Examine Hungarian Judicial Independence Found Unlawful by the Curia» (Nov. 9, 2019), (9 de noviembre de 2019), https://index.hu/english/2019/09/11/curia_european_court_of_justice_preliminary_ruling_judicial_independence_prosecutor_general_peter_polt/

198 Véase Comisión de Venecia, Hungary, Opinion on the law of Administrative Courts and on the Law of the Entry into Force of the Law on Administrative Courts and Certain Transitional Rules, CDL-AD (2019)004 of Mar. 19, 2019, párr. 113, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2019\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2019)004-e) (objetando «que poderes muy extensos están concentrados en manos de unas pocas partes interesadas y no existen pesos y contrapesos efectivos para contrarrestar esos poderes»). Véase también Comisionado de Derechos Humanos, Commissioner Calls on Hungary's President to Return to the Parliament the Legislative Package on Administrative Courts, https://www.coe.int/en/web/commissioner/view/-/asset_publisher/ugj3i6qSEkhZ/content/commissioner-calls-on-hungary-s-president-to-return-to-the-parliament-the-legislative-package-on-administrative-courts.

199 Véase ZOLTÁN, K. «Hungarian Government Scraps Concept of Separate Administrative Courts», *Index* (4 de noviembre de 2019), https://index.hu/english/2019/11/04/administrative_courts_scrapped/. Aunque ya incorporado en la Ley Fundamental a través de la Séptima Enmienda en 2018. El Parlamento aprobó la Ley LXI de 2019 sobre la postergación de la entrada en vigor de la Ley de Tribunales Administrativos, que impide la Ley CXXX de 2018 sobre Tribunales Administrativos. En este momento se ha detenido la intención de establecer los tribunales administrativos.

200 Véase FELDMAN S., «Court-Packing Time? Supreme Court Legitimacy and Positivity Theory», *Buff. L. Rev.*, n.º 68, 2020, p. 1519; véase también MAILEY R., «Court-Packing in 2021: Pathways to Democratic Legitimacy», *Seattle U. L. Rev.*, n.º 44, 2020, pp. 35-68.

Durante el mandato presidencial de Donald Trump, los ataques no fueron sutiles sino que adoptaron una forma muy diferente y más insidiosa²⁰¹. En lugar de acercarse directamente a un juez en ejercicio sobre un caso en particular, Trump los identificó públicamente como si le pertenecieran, «mis jueces», o como si pertenecieran a un presidente predecesor que los nominó, «el juez de Obama»²⁰². Además, los jueces que decidieron casos particulares en los que los intereses de Trump estaban implicados, fueron ridiculizados como, por ejemplo, con la expresión «juez mexicano»²⁰³. En este caso particular, el juez era de ascendencia mexicana, y, debido a que Trump había llamado a los mexicanos «violadores» y a que insistió de manera tan prominente en construir un muro para evitar que el cruce de la frontera desde territorio mexicano hacia territorio estadounidense, el razonamiento de Trump era que aquel juez nunca podría ser justo con él y por lo tanto debía ser descalificado²⁰⁴.

Trump comenzó esta táctica de socavamiento incluso cuando aún era candidato. Si bien no es inusual que un candidato presidencial prometa nombrar jueces que compartan su visión del mundo o su filosofía, el lenguaje elegido incluía proclamas como: «Prometo nombrar jueces que sean provida (o que vean el derecho a portar armas como parte esencial de la experiencia estadounidense), o similares»²⁰⁵. Sin embargo, con Trump el lenguaje elegido incluso en esta etapa inicial fue describir «mis jueces» o «sus jueces», expresando propiedad. Asegurándoles a los cristianos evangélicos que se protegerían los derechos de armas, y así manifestó a esta audiencia, en un evento de campaña electoral, lo siguiente: «Si son mis jueces, saben cómo van a decidir»²⁰⁶, o «mis jueces serán provida»²⁰⁷. Es fácil encontrar múltiples ejemplos de este tipo.

201 Véase NELSON, M. J. y GIBSON, J. L., «Has Trump Trumped the Courts», *NYU L. Rev.* Online, n.º 93, 2018, p. 32.

202 Reilly K. President Trump Escalates Attacks on 'Obama Judges' After Rebuke from Chief Justice, *TIME* (Nov. 21, 2018), <https://time.com/5461827/donald-trump-judiciary-chief-justice-john-roberts/>.

203 ROSENBERG, E., «The Judge Trump Disparaged as 'Mexican' will Preside Over an Important Border Wall Case», *Wash. Post* (5 de Febrero de 2018), <https://www.washingtonpost.com/news/politics/wp/2018/02/05/el-juez-trump-desacreditado-como-mexicano-presidirá-un-importante-caso-muro-fronterizo/>

204 Id. (Teniendo en cuenta que aquí, su táctica es sorprendentemente similar a la de Štefan Harabin, el infame ex Presidente de la Corte Suprema y ministro de Justicia eslovaco, en el que crea un posible sesgo por parte de un juez y luego afirma que ese juez no debería juzgarlo. Al acusar un compañero juez con mala conducta o declarando públicamente a un compañero juez como un criminal o algo peor, Harabin luego afirma que el juez al que ha atacado no puede ser un juez imparcial de un caso que involucra a Harabin como parte. ética, los principios de descalificación deben incluir la idea de que quien crea un conflicto de intereses o cuestiona la imparcialidad no puede basarse en ello para descalificar a otros).

205 Véase HODGES F. H., «Trump: 'My judges will be pro-life,' but gay marriage is 'settled law'», *Life Site News* (14 de noviembre de 2016), <https://www.lifesitenews.com/news/trump-i-will-appoint-pro-life-justices-but-gay-marriage-is-settled-law>.

206 Véase FISHER, M., «Trump to Congress: See You in Court», *Wash. Post* (26 de abril de 2019), https://www.washingtonpost.com/politics/trump-to-congress-see-you-in-court/2019/04/26/9f114890-678d-11e9-82ba-fcfeff232e8f_story.html Véase también McCAMMON, S., «Inside Trump's Closed-Door Meeting, Held to Reassure 'The Evangelicals'», *NPR* (1 de junio de 2016), <https://www.npr.org/2016/06/21/483018976/inside-trumps-closed-door-meeting-held-to-reassures-the-evangelicals>.

207 Véase HODGES, supra cit. 205.

La tendencia a describir a los jueces como propiedad del presidente continuó cada vez que Trump perdía en algún proceso judicial. Cuando por ejemplo un juez de un Tribunal de Distrito Federal bloqueó la prohibición de viajar a los musulmanes, Trump se apresuró a describirlo como «el juez de Obama»²⁰⁸. La idea que se comunica es sencilla: los jueces simplemente hacen lo que el presidente que los nombró quiere que hagan; no son árbitros independientes o imparciales de la ley y los hechos; sus decisiones son fácilmente predecibles conociendo a quién los nombró. Surgen dos consecuencias. Primero, los jueces son meros actores políticos que hacen lo que su patrocinador desea que hagan. Sus decisiones son esencialmente ilegítimas. En segundo lugar, si le gustan mis políticas alégrese si tengo la oportunidad de nombrar más jueces porque harán lo que les diga.

Este fenómeno se convirtió en algo habitual en las reacciones de Trump a las decisiones judiciales que frustraron sus políticas. Estos jueces no eran justos e imparciales, eran el juez de Obama o el juez de Clinton, y, por lo tanto, sus decisiones estaban de alguna manera dirigidas por los expresidentes²⁰⁹. Esto fue tan acusado que el presidente Roberts, del Tribunal Supremo, tomó la medida excepcional de emitir una declaración sobre los jueces y los presidentes que los nombran: «No tenemos jueces Obama ni jueces Trump, jueces Bush ni jueces Clinton. Lo que tenemos es un grupo extraordinario de jueces comprometidos que hacen todo lo posible para aplicar el Derecho de la misma manera a los que comparecen ante ellos», dijo Roberts. El día antes del Día de Acción de Gracias, concluyó: «El Poder Judicial independiente es algo por lo que todos deberíamos estar agradecidos»²¹⁰.

Ansioso por continuar su pelea contra el Poder Judicial independiente, Trump respondió en otro tuit: «Lo siento, presidente del Tribunal Supremo John Roberts, pero de hecho hay ‘jueces de Obama’, y tienen un punto de vista muy diferente al de las personas encargadas de la seguridad de nuestro país»²¹¹. Ahora, los «jueces de Obama» no solo carecen de independencia, sino que no se preocupan por la seguridad de los estadounidenses.

El mensaje estaba empezando a calar. Con más frecuencia y de forma más visible que antes, era habitual leer en los medios que describían una decisión judicial en la que Clinton nombraba al juez, en segundo lugar a Bush, a Obama, a Trump o incluso Bush padre. Esta idea había calado a conciencia: quién nombró

208 Véase REILLY, *supra cit.* 202. Para más percepciones de los tuits de Trump sobre los jueces, ver KROMPHARDT C. D. y SALAMONE M. F., «Unpresidented!» or: What Happens When the President Attacks the Federal Judiciary on Twitter», *J. Inf. Technol. Pol.*, n.º 18, 2020, p. 1.

209 En un contexto paralelo que no es el tema de este artículo, Trump criticó repetidamente al equipo de investigación de Mueller como «los demócratas enojados». No importaba que Mueller hubiera sido un republicano de toda la vida. En el mundo de Trump, la verdad es irrelevante. Sólo importa su mensaje deseado.

210 Véase ROBERTS, S., «M. Trump Spar in Extraordinary Scrap over Judges», *Associated Press* (21 de noviembre de 2018), <https://www.apnews.com/c4b34f9639e141069c08cf1e3deb6b84>.

211 Véase REILLY, *supra cit.* 202.

al juez tiene importancia y si una persona no está de acuerdo con un juez, la explicación puede ser simplemente que la persona no estuvo de acuerdo con el presidente que lo nombró. Incluso un reciente juez de la Corte Suprema, el juez Thomas, ha insinuado que este fue el caso en una decisión reciente²¹².

Podría decirse que los peores comentarios fueron aquellos que atribuyeron la decisión de un juez al presidente que lo nombró. Sin embargo, el menosprecio de los jueces por parte de Trump, lo que implica una falta de independencia o imparcialidad, también tomó otras formas. Trump es parte implicada en un gran número de demandas. Una de sus tácticas frecuentes para obtener una ventaja comercial fue simplemente rechazar el pago adeudado en virtud de un contrato y obligar a un demandante con menos recursos a entablar una batalla judicial²¹³. También fue acusado en múltiples ocasiones de cometer fraude. Uno de los más destacados fue la interposición de una demanda por exalumnos de la llamada «Universidad Trump»²¹⁴. De uno de los jueces que presidía el caso, un estadounidense de ascendencia mexicana, Trump afirmó públicamente que no se podía confiar en que emitiera decisiones imparciales²¹⁵. En otro ejemplo más, en ese momento, el Fiscal General Jeff Sessions se cuestionó en un programa de radio conservador, por qué «un juez sentado en una isla en el Pacífico podía emitir una orden que detenga al presidente de los Estados Unidos de lo que parece ser claramente su poder estatutario y constitucional»²¹⁶. La isla del Pacífico, por supuesto, era Hawái, un Estado de los EE. UU., y el juez era un juez de un tribunal de distrito de los Estados Unidos, debidamente designado y muy respetado, con mandato vitalicio en virtud del artículo III de la Constitución.

Históricamente, los jueces federales de EE. UU. no han dudado en tomar decisiones que contradecían las conocidas opiniones y filosofía de los presidentes que los nombraron²¹⁷. De hecho, los presidentes se esfuerzan por nombrar jueces federales que compartan su filosofía. Sin embargo, muchos factores hacen que este objetivo sea limitado. El presidente nombra a los jueces federales pero deben ser confirmados por el Senado. Hasta hace poco, se requerían sesenta de cien votos para

212 Véase Consejo editorial del Washington Post, John Roberts Said There are no Trump Judges or Obama Judges, Clarence Thomas Didn't Get the Memo, *Wash. Post* (28 de junio de 2019), https://www.washingtonpost.com/opinions/john-roberts-said-there-are-no-trump-judges-or-obama-judges-clarence-thomas-didnt-get-the-memo/2019/06/28/00ec5db0-99c6-11e9-8d0a-5edd7e2025b1_story.html.

213 Véase BERZON, A., «Donald Trump's Business Plan Left a Trail of Unpaid Bills», *Wall St. J.* (9 de junio de 2016), <https://www.wsj.com/articles/donald-trumps-business-plan-left-a-trail-of-unpaid-bills-1465504454>.

214 Véase id.

215 Véase ROSENBERG, supra cit. 203.

216 SAVAGE C., «Jeff Sessions Dismisses Hawaii as 'an island in the Pacific'», *N.Y. Times* (20 de abril de 2017), <https://www.nytimes.com/2017/04/20/us/politics/jeff-sessions-judge-hawaii-pacific-island.html?auth=login-email&login=email> (20 de abril de 2017).

217 Véase DE LA GARZA, A., «President Trump's Spat with Chief Justice Roberts isn't the first time a President has sparred with the Supreme Court», *Time* (Nov. 22, 2018), <https://time.com/5462066/trump-roberts-president-supreme-court-history/>.

confirmar al candidato de un presidente en el Senado de los Estados Unidos. Incluso cuando el partido del presidente cuenta con una mayoría en el Senado, a menudo no llega a alcanzar la citada mayoría. Como resultado, nuevamente se debe elegir al candidato que no sea lo suficientemente extremista como para motivar al partido de oposición a obstruir y bloquear una nominación con escaños de cuarenta y uno a cuarenta y nueve. Además, los nombramientos vitalicios traen consigo que algunos jueces cambien de opinión con el tiempo, volviéndose menos parecidos al presidente que los nombró. En este sentido, el respeto primordial por la ley y los precedentes significa que los jueces de los tribunales inferiores siguen precedentes con los que no estarían de acuerdo si tuvieran poder para cambiarlos. Y los jueces de la Corte Suprema son reacios a anular los precedentes anteriores, y lo hacen con mucha menos frecuencia de lo que parecería indicar su propia filosofía judicial y legal, y la del presidente que los nombró. Finalmente, EE. UU. ha tenido un cambio relativamente frecuente de un partido a otro estando en la presidencia y control del Senado. Como tal, la influencia de un presidente es moderada.

Hay suficientes ejemplos para llenar un libro de jueces federales que no resultaron como el presidente que los nombró hubiera previsto o deseado. He aquí solo tres ejemplos destacados. John Paul Stevens, designado por el presidente republicano Ford, se convirtió en el principal líder del ala liberal de la Corte. Murió recientemente, dando a los periodistas y a otros la oportunidad de recordar la siguiente ironía:

Los debates sociales sobre los derechos de los hombres homosexuales y las lesbianas, el papel de la raza, los derechos de propiedad privada, la regulación ambiental y la separación de la iglesia y Estado también llegaron al expediente de la Corte Suprema, y el juez Stevens, un republicano discreto de Chicago, estaba tan sorprendido como cualquiera de encontrarse no solo considerando el lado liberal sino también convirtiéndose en su más ferviente defensor²¹⁸.

Earl Warren, ex fiscal general de la República y luego gobernador de California, nominado a la Corte Suprema por el presidente republicano Dwight Eisenhower, lideró el período liberal sostenido más prolongado en la historia de la Corte Suprema, consagrando los derechos civiles, los derechos de los acusados penales y los derechos de voto de las minorías²¹⁹. Fue tan significativo y supuso tal consternación para los conservadores que no era raro ver vallas publicitarias en el sur de los EE. UU. que decían «Impeach Earl Warren» a lo largo de las carreteras²²⁰.

218 GREENHOUSE L., «Supreme Court Justice John Paul Stevens, who led liberal wing, Dies at 99», *N.Y. Times* (16 de Julio de 2019), <https://www.nytimes.com/2019/07/16/us/john-paul-stevens-dead.html>.

219 Véase WARREN, E., Oyez, https://www.oyez.org/justices/earl_warren (última visita el 23 de agosto de 2021).

220 Newsdesk, Impeach Earl Warren, *Chicago Tribune* (24 de septiembre de 2006), https://www.chicagotribune.com/chinews-mtblog-2006-09-impeach_earl_warren-story.html.

En tercer lugar, William Brennan, también designado por Eisenhower, dirigió el ala liberal de la Corte de Earl Warren y continuó en su papel como el miembro más liberal de la Corte hasta 1990²²¹, tiempo suficiente para participar en célebres debates sobre opiniones judiciales con un nuevo juez en ese momento, Antonin Scalia.

Después de las elecciones de 2020, surgió un ejemplo sorprendente de cómo proceden normalmente los nombramientos y la conducta posterior de los jueces federales. El presidente del Tribunal más conocido de los muchos juicios de las campañas de Trump que alegan fraude o mala gestión electoral fue Matthew Brann, del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Medio de Pensilvania. Esta acción civil provocó el regreso de Rudy Giuliani al trabajo judicial después de una ausencia de casi treinta años.

El juez Brann fue designado por Barack Obama, por lo que, de acuerdo con los ataques de Donald Trump a la independencia judicial, seguramente fallaría en contra de la campaña de Trump. Sí, falló en contra de la campaña de Trump, en una opinión mordaz que demolió el trabajo del equipo de abogados de la «fuerza de ataque de élite» de Trump. Sin embargo, hay mucho más en el trasfondo de la historia del juez Brann y su nombramiento como juez federal.

Antes de ser designado como tal, el juez Brann fue militante del Partido Republicano en Pensilvania durante mucho tiempo. Era un republicano conservador, como lo indica su pertenencia a la Sociedad Federalista. Esta ha sido esencialmente la fuente a partir de la cual han manado casi todas las recomendaciones a Donald Trump para cargos de jueces federales durante su mandato de cuatro años. Algunos han dicho de manera fiable que la administración Trump básicamente cedió a la Sociedad Federalista el control y la gestión de la ocupación de las judicaturas federales con jueces altamente conservadores.

¿Cómo nominó Barack Obama a un perfil así para el tribunal federal?²²² El proceso fue un ejemplo típico de normalidad durante períodos en los que la Casa Blanca está en manos de un partido y el Senado está en manos de otro. Este fenómeno es extremadamente común. En tiempos normales, los senadores de un Estado en el que está abierta y por cubrir una judicatura federal hacen recomendaciones al presidente. Estas recomendaciones, aunque no son vinculantes, se respetan siempre que sean razonables y no contradigan drásticamente la filosofía del presidente en particular.

Podría decirse que el juez Brann sería una nominación claramente en desacuerdo con la filosofía de Barack Obama. Sin embargo, Obama lo nominó. La

221 BRENNAN JR. W. J., OYEZ, https://www.oyez.org/justices/william_j_brennan_jr (última visita el 23 de agosto de 2021).

222 Sobre el tema de candidatos liberales versus conservadores con membresía en la Sociedad Federalista y la Sociedad de la Constitución Estadounidense para la Ley y la Política, consúltese AVERY, M. & MCLAUGHLIN, D., *The Federalist Society: how conservatives took the law back from liberals*, 2013; Scherer, N. & Miller, B., «The Federalist Society's influence on the Federal Judiciary», *Pol. Res. Q.*, n.º 62, 2009, p. 366.

nominación fue recomendada por el senador republicano de Pensilvania, Pat Toomey, y acompañada con otra nominación al mismo tribunal, esta recomendada por el senador demócrata de Pensilvania, Bob Casey Jr. El Senado confirmó ambas nominaciones por unanimidad. Como resultado de este compromiso obvio, el Senado controlado por los republicanos y Barack Obama consiguieron el juez que preferían, el juez Brann.

Para cualquiera que conozca este compromiso y los antecedentes del juez Brann, sonaría extraño etiquetarlo como «el juez de Obama»²²³. Sin embargo, para alguien falto de sentido crítico con Trump, todo tiene perfecto sentido: otro juez de Obama ha emitido una reprimenda dura y mordaz a las afirmaciones de fraude electoral de los abogados de Donald Trump en Pensilvania. De hecho, el propio Trump tuiteó después del fallo del juez Brann: «Todo es una continuación de la caza de brujas sin fin... El juez Brann, que ni siquiera nos permitió presentar nuestro caso o evidencia, es un producto del senador Pat 'No Tariffs' Toomey. de Pensilvania, quien no es amigo mío, y Obama —No es de extrañar»²²⁴. Además, Rudy Giuliani, en nombre de la campaña de Trump, condenó el fallo del «juez designado por Obama»²²⁵.

Terminando con el patrón de jueces federales que no apoyan a ciegas al presidente que los nominó, el Tercer Circuito de Cortes de Apelaciones de los Estados Unidos confirmó el fallo del juez Brann, también en tonos duros dirigidos a la incompetencia de la campaña de Trump y sus abogados²²⁶, por un juez designado por Trump para un panel de tres jueces que también incluía a dos jueces designados por George W. Bush²²⁷.

En cualquier caso, históricamente los jueces han perdido su conexión con el presidente que los nombró con bastante frecuencia. En Estados Unidos es un maldición pensar en un juez perteneciente al presidente que lo nominó. La táctica de Trump de socavar la confianza de la ciudadanía en el Poder Judicial ha sido verdaderamente insidiosa. Funciona no solo entre sus partidarios sino también

223 MCGOUGH M., «Opinion: Don't Jump to Conclusions About an 'Obama Judge' who Ruled Against Trump», *L.A. Times* (24 de noviembre de 2020), <https://www.latimes.com/opinion/story/2020-11-24/dont-jump-to-conclusions-about-an-obama-judge-who-ruled-against-trump>.

224 Ya no se puede acceder a los tweets porque Donald Trump fue suspendido de Twitter. Donald Trump (@realDonaldTrump) TWITTER https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1330374020613758977?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1330374263581368320%7Ctwgr%5E%7Ctwcon%5Es2_&ref_url=https%3A%2F%2Fthehill.com%2Fhomenews%2F527053-trump-vows-to-appeal-judges-dismissal-of-pennsylvania-election-challenge.

225 GIULIANI R. (@RudyGiuliani), Twitter, (21 de noviembre de 2020, 9:07 p. m.) <https://twitter.com/RudyGiuliani/status/1330331934745047045/photo/1>.

226 FEUER A. In Harsh Rebuke, Appeals Court Rejects Trump's Election Challenge in Pennsylvania, *N.Y. TIMES* (27 de noviembre de 2020), <https://www.nytimes.com/2020/11/27/us/politics/trump-pennsylvania-appeals-court.html>.

227 Léase el fallo del Tribunal de Apelaciones del Tercer Circuito en las elecciones de Pensilvania, Washington Post (27 de noviembre de 2020), https://www.washingtonpost.com/context/read-the-third-circuit-court-of-appeals-ruling-en-pennsylvania-election/e2bfd645-efb5-4862-8680-ce92c9ccf6e2/?itid=lk_interstitial_manual_6.

con sus oponentes²²⁸. La ciudadanía, insensible en un primer momento a la cultura y la necesidad de contar con jueces independientes, condena ahora las decisiones que favorecen a Trump como las dictadas por un juez de Trump²²⁹. Si logra cambiar la opinión pública, ningún cambio de poder político lo deshará. Si se pierde la confianza de la ciudadanía en los jueces, pasarán generaciones antes de que se pueda restaurar el nivel de confianza a los niveles anteriores a Trump.

VI. COMPARACIONES Y PENSAMIENTOS FINALES

Las tres formas de ataques a la independencia judicial son peligrosas y deben enfrentar respuestas efectivas. Sin embargo, difieren en aspectos significativos.

Los ataques vulgares, cuando un actor estatal se acerca a un juez para aplicar presión para una decisión favorable, tuvieron lugar en República Checa y Eslovaquia²³⁰. Aun así, los resultados en estos dos países fueron muy diferentes. Lo que en la República Checa finalmente apareció como un ataque torpe, que llevó a la sociedad civil a apoyar al Poder Judicial, en Eslovaquia tuvo efectos perjudiciales, lo que llevó a la ciudadanía a pedir al poder político que interviniera mediante la promulgación de una reforma constitucional. Dichos ataques podrían considerarse eventos aislados en un país con instituciones formales estables. El resultado de la independencia judicial depende de la resiliencia de las instituciones. Si los ataques ocurren en un entorno donde la práctica informal choca con las instituciones formales, los cambios pueden producir efectos perjudiciales a largo plazo, como en Eslovaquia después de Threema.

Los ataques sistémicos en Polonia y Hungría son más peligrosos que los ataques vulgares. También pueden provocar alguna protesta pública, como así sucedió. Sin embargo, frente a una mayoría o supermayoría en el Parlamento, el Gobierno tiene más capacidad para mantener su rumbo. En Polonia, la respuesta pública sin duda se suavizó, al menos en cierta medida, por los ataques a la imagen pública del PiS cuando introdujo su ataque al Poder Judicial. El ataque sistémico, especialmente en Hungría, donde se adoptó una nueva Constitución, durará hasta que cambien los vientos políticos. Además, sin duda, Fidesz ha incorporado protecciones en el sistema electoral que lo protegerán de cualquier circunstancia que no sea un cambio de rumbo político con la fuerza de un ciclón.

228 NELSON M. J. y GIBSON J. L., «Has Trump Trumped the Courts», *N.Y.U. L. Rev. Online*, n.º 93, 2018, pp. 32-34.

229 WOLF R., «Biden's Influence on Federal Judiciary May be Limited Despite Liberals' Talk of 'Court-Packing'», *Usa Today* (20 de diciembre de 2021), <https://www.usatoday.com/story/news/politics/2020/12/20/trumps-impact-federal-judiciary-mayhard-biden-reverse/6541264002/>.

230 La situación en Eslovaquia se explica en detalle en el *Panopticon of the Slovak Judiciary* de Peter Čuroš, publicado en el número especial de la *German Law Journal*, Volume 22, Special Issue 7: Judges Under Stress, 2021, pp. 1159-1191.

Sin embargo, cuando llegue el día del cambio político, por mucho que tarde, un gobierno mejor y más motivado tendrá en su mano el deshacer los cambios estructurales acometidos.

Los ataques más peligrosos pueden ser los insidiosos que tienen lugar en los EE. UU. y, hasta cierto punto, en Polonia y Hungría, basados en los ataques a la imagen pública antijudicial contra los corazones y las mentes de los ciudadanos. La confianza de los ciudadanos es la base del Poder Judicial y sus principales atributos subyacentes. Un ataque que socave con éxito la confianza pública en el Poder Judicial producirá el daño de mayor alcance. Por el contrario, la experiencia estadounidense con la independencia judicial está muy arraigada en la cultura y está protegida por un elaborado sistema de frenos y contrapesos entre las tres ramas.

Para ser claros, no todas las restricciones propuestas por el Gobierno sobre el Poder Judicial son ataques a la independencia judicial. Esta tiene por objeto facultar a los jueces para actuar con justicia. Impide que el Gobierno incida en un lado de la balanza de la justicia, de interferir con la decisión imparcial de un juez de un caso de acuerdo con la ley y los hechos. Sin embargo, la independencia judicial no es un permiso para que los jueces cometan irregularidades. No es una defensa contra el requisito de tomar decisiones transparentes. No es un campo de fuerza impenetrable que impide que los jueces rindan cuentas por la calidad e integridad de su trabajo judicial. La mayoría parlamentaria puede limitar la autonomía judicial sin la intención de entrometerse en los resultados de la toma de decisiones. Incluso así, los motivos y la efectividad de los actores políticos en nuestro análisis pasaron por hacerse con el control sobre las decisiones judiciales en asuntos de importancia para el Gobierno en el poder, y, por lo tanto, se consideran como ataques.

TITLE: Recent Attacks on Judicial Independence: The Vulgar, the Systemic, and the Insidious

ABSTRACT: This article offers an opening to Central and Eastern Europe (CEE) situation and attacks against the judiciary in this region since 2010. The focus is not primarily on historical path dependence like the rest of this issue. Instead, the focus aims at the nature of attacks on the judiciary. Such attacks have appeared in CEE and the US in recent years. Its interest lies in explaining similar patterns visible in the judiciaries of CEE. Particularly, it looks at the current conditions in the Czech judiciary, political interventions in Poland since 2015 and in Hungary since 2010, and undermining of trust towards judiciary in the U.S., where attempts for delegitimizing the judiciary have happened since 2016. The article draws on similarities of attacks of authoritarian governments and responses of judiciaries. The authors highlight similarities and diversities of CEE countries 30 years after the fall of the communist regime and a path of these resemblances and varieties.

RESUMEN: Este artículo ofrece un acercamiento a la situación de Europa Central y Oriental (CEE) y los ataques contra el Poder Judicial en esta región desde 2010. El enfoque no se encuentra principalmente en la dependencia del camino histórico, sino en el resto de este asunto, pues apunta a la naturaleza de los ataques al Poder Judicial. Este tipo de ataques han tenido lugar en la CEE y los EE. UU. en los últimos años. Su

interés radica en explicar patrones similares visibles en los poderes judiciales de la CEE. En particular, analiza las condiciones actuales en el Poder Judicial checo, las intervenciones políticas en Polonia desde 2015 y en Hungría desde 2010, y el debilitamiento de la confianza hacia el Poder Judicial en los EE. UU., donde se han producido intentos de deslegitimarlo desde 2016. El artículo se basa en similitudes de ataques de gobiernos autoritarios y las respuestas por parte de los poderes judiciales. Los autores subrayan las similitudes y diferencias de los países de la CEE transcurridos 30 años de la caída del régimen comunista y la huella de estas variedades y semejanzas.

KEY WORDS: *Czech Republic, Hungary, Poland, the U.S., attacks on the judiciary, judicial independence.*

PALABRAS CLAVE: *República Checa, Hungría, Polonia, Estados Unidos, ataques al Poder Judicial, independencia judicial*

FECHA DE RECEPCIÓN: 19.04.2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 03.10.2022.

CÓMO CITAR / CITATION: Moliterno, J. y Čuroš, P. (2022). Ataques recientes a la independencia judicial: lo vulgar, lo sistémico, y lo insidioso, *Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 117-164.