

# JUECES *para la* DEMOCRACIA

## ACERCA DEL «PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD»

Perfecto Andrés Ibáñez, Juez de Instrucción nº 12, Madrid.

La cultura jurídica occidental debe a Lelio Basso una aportación de singular alcance: la introducción en la Constitución italiana de 1947 del precepto contenido en el artº 3.2: «Es tarea de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.»

El mismo autor, durante el debate parlamentario había explicado que «no basta la igualdad puramente formal, como es la característica de la vieja legislación, para decir que se está construyendo un Estado democrático... La esencia del Estado democrático consiste en la mayor o menor medida del contenido que se vaya a dar a este principio social concreto».

Por otra parte, aquel precepto y esta exposición de su alcance, no eran sino la consecuencia de un articulado y en buena medida nuevo modo de entender el derecho en la sociedad de clases y en una perspectiva de transformación.

Basso había encontrado antecedentes de este punto de vista en Marx, para quien «el *Estado político*... contiene en todas sus formas *modernas* las exigencias de la razón». Pero, al presentar «la razón como realizada», cae «en la contradicción entre su finalidad ideal y sus presuposiciones reales».

La recuperación de esa idea de contradicción como categoría válida para replantear el discurso sobre el derecho, marca un hito importante en la manera de concebir éste. Hito del que aquel artículo es al fin un expresivo desarrollo.

Las proclamaciones legales en que se plasma el principio de igualdad formal no son simplemente un engaño fruto de la astucia de una artera «razón jurídica burguesa». En efecto, el sistema de garantías es un hijo legítimo del derecho burgués, pero traído al mundo en un auténtico parto con dolor, y en sí mismo potencialmente problemático en la medida en que representa una clara contradicción irresuelta. Porque si en su origen pudo haber sido pensado en exclusivo beneficio del sujeto propietario, único portador entonces de la plenitud de la subjetividad jurídica, un esfuerzo imparables ha dado a los derechos de libertad dimensiones de universalidad, que contradicen seriamente la lógica de la desigualdad imperante en el orden de relaciones sociales actualmente vigente.

El derecho así, no es una instancia espiritual, «desinteresada», pero tampoco el fruto unilateral de una omnímoda «voluntad de clase». Es resultado de una experiencia conflictual y experiencia conflictual en sí mismo. Exponente de una confrontación de fuerzas y del compromiso consiguiente.

De esta manera, la incorporación del «principio de efectividad», y no por casualidad a una Constitución que nace de la victoria sobre el fascismo, supone el acto de constancia de la auténtica significación histórico-social del derecho, y al mismo tiempo una profesión de fe, nada ingenua, en su aptitud también como posible instrumento de transformación en las sociedades democráticas. Como instrumento, vale la pena insistir, que nace de la contradicción y que la lleva profundamente inscrita en sí mismo. De ahí su constitutiva ambigüedad, que puede hacer de él palanca del poder y freno potencial de los abusos del poder al mismo tiempo.

La Constitución Española de 1978 acoge, con algunos matices diferenciales (hablará de participación de «los ciudadanos» y no de «los trabajadores»), en su art. 9.3, el contenido del art. 3.2 de la Italiana.

¿Qué alcance corresponde a ese precepto en nuestro marco constitucional y en el del ordenamiento en general? ¿Qué posibilidades e incluso exigencias deben hacerse derivar del mismo para el juez?

Supone por lo pronto un rechazo del modo liberal de concebir la igualdad. Y en esa medida un criterio de reinterpretación sobre nuevas bases de ese valor, que además es uno de los «superiores del ordenamiento» (art. 1.1).

Comporta una profunda exigencia de transformación de un sistema de relaciones de producción y de relaciones sociales, el capitalista, cuya básica injusticia denuncia. Porque es evidente que si no basta la igualdad jurídico-formal única que -sólo hasta cierto punto- aquél hace posible, lo que se está postulando desde el propio texto constitucional al tiempo que otro paradigma igualitario es un nuevo «modelo de sociedad». Y que trabajar por él es la tarea específica que se impone como ineludible también al juez, en tanto que parte de los «poderes públicos» comprometidos con la misma.

Este precepto, «el más rico de significados políticos» (Pizzorusso), se proyecta así sobre todo el orden jurídico con una imperativa demanda de relectura: «no basta *declarar* la igualdad, como habíamos hecho hasta ahora, es preciso *hacerla efectiva* allí donde se vea negada por los hechos».

Es como decir, por otra parte, las «libertades negativas» están bien, pero ahora ya no son suficientes. No es suficiente la no-existencia de obstáculos a la posibilidad ideal de hacer determinadas cosas. Se trata de poner a los ciudadanos en la situación real de poder hacerlas.

y en tal sentido, trae en la conciencia del jurista y del juez una cuestión de incalculable alcance. Veámosla.

Como es sabido y ha sido tantas veces denunciado, la quiebra fundamental de los derechos humanos como categoría jurídica venía determinada por la circunstancia de que los mismos habían sido plasmados sobre el patrón del derecho subjetivo, a su vez vestidura formal por antonomasia de los derechos patrimoniales. Esto ha llevado consigo la constitutiva inadecuación de las garantías pensadas para la protección de los intereses (privilegios) propietarios, a la defensa de lo que tendrían que ser situaciones de poder incondicionalmente reconocidas a todos los ciudadanos. Y por otra parte, cerrando el círculo, ha dado lugar a la transferencia sobre los derechos patrimoniales (hasta ahora siempre derechos de desigualdad) del valor moral y político asociados a los derechos y situaciones de libertad (Ferrajoli).

Como prueba de lo uno y de lo otro, bastaría tener en cuenta la compleja y eficaz gama de instrumentos defensivos que nuestras leyes han dispuesto siempre para la preservación de las prerrogativas dominicales, de todas las proyecciones del «terrible y tal vez no necesario derecho» (Beccaría), y la absoluta precariedad de dispositivos de ese género previstos en garantía de la libertad política y sus manifestaciones concretas. Del mismo modo que sería suficiente recordar el desenfado y la desvergüenza con que ciertos sectores y medios de opinión reservan la invocación de los derechos fundamentales de la persona para demonizar las «agresiones», escasas y generalmente más bien tenues, a algunas manifestaciones periféricas del hasta la fecha «derecho-rey».

Nuestro ordenamiento posconstitucional ha cubierto en no desdeñable medida el flanco tradicionalmente tan desprotegido de la efectividad de las garantías formales. Aunque icuidado!, que en esto nunca será el tiempo de «dormirse en los laureles». Pero con todo, donde más necesario se hace el despliegue de la imaginación jurídica democrática, es en la tarea de suscitar mecanismos «de efectividad» de los nuevos y en amplia medida «inéditos» derechos sociales. Esos precisamente para los que el artº 9.2 plantea un imperativo de realización.

Los llamados «derechos sociales», como es bien sabido, constituyen una figura jurídica típica del *Estado social*. Un Estado que ya no permanece al margen de la sociedad civil, sino que interviene directa y profundamente en ella, aunque no para cambiarla. Un Estado que se empeña en el intento de mediación de los intereses en conflicto, en un cierto desarme del conflicto social, por la vía de aportar alguna moderación a la profunda irracionalidad del sistema.

Pues bien, si los derechos de libertad tuvieron dificultades para «reconocerse» en el derecho subjetivo, los derechos sociales tienen todavía mucho menos que ver con él. Y en la misma medida su situación es aún más deficitaria.

En efecto, esa categoría de derechos no suele ser objeto de otro tratamiento general que el de las formulaciones constitucionales. No tiene entrada con ese

carácter en la legislación ordinaria. No es accionable en vía jurisdiccional. No ocasiona para el Estado obligaciones que puedan resultar exigibles. Las prestaciones en que tendría que concretarse quedan en último término confiadas a la benéfica discrecionalidad estatal.

Es por eso que el «principio de efectividad» encuentra serias dificultades para abrirse camino en la práctica por falta de cauces instrumentales precisos. De ahí que él ahora, como antes las garantías formales del liberalismo, exprese lo que algunos autores (Romagnoli, Illuminati) han llamado bien gráficamente la «mala conciencia del ordenamiento». Al punto de que «ni siquiera el propio texto constitucional tiene el suficiente grado de coherencia interna como para desarrollar hasta sus últimas consecuencias aquella noción teórica» (los derechos económicos, sociales y culturales) (Fernández de la Vega).

Semejante constatación no debe llevarnos a la conclusión de que preceptos como el 3.2 de la Constitución Italiana y el 9.2 de la Española carecen de utilidad o de sentido. Por el contrario, lo tiene y bien preciso, en la misma medida en que introducen en los respectivos ordenamientos constitucionales de manera franca ese elemento de contradicción, antes apenas apuntado en el universo normativo. Elemento de contradicción que es como decir factor de dinamismo, progreso de la conciencia democrática que al desvelar la significación dual, el antagonismo que late también en el mundo del derecho, amplía, incluso dentro del mismo, el horizonte de la lucha por su transformación. En la misma medida en que supone el reconocimiento expreso del más alto relieve constitucional para el orden de valores implícito en ese distinto «modelo de sociedad» anticipado en el párrafo 2.º del arto 9 de nuestro texto fundamental. Un orden de valores alternativo al todavía inspirador de la dinámica vigente en el actual sistema de relaciones sociales, que debe encontrar en el trabajo de los jueces un impulso convencido y auténtico.

No porque éstos tengan que protagonizar alguna suerte de ingenuo o pretencioso «mesianismo jurídico», sino porque los jueces tienen un espacio en la tarea actualizadora del texto legal en el caso concreto, abierto en medida no desdeñable al criterio del intérprete, que deben nutrir de una savia profundamente impregnada en el principio de igualdad sustancial, piedra angular del ordenamiento democrático.

El arto 9.2, no es, en fin, una norma más, ni tampoco el dorado panteón de un principio puramente programático. Es por el contrario, la «plataforma» 79 desde la que el ordenamiento debe ser reinterpretado, «revisitado», en busca de soluciones nuevas y distintas, con desconfianza hacia los criterios consolidados, con rigor, pero con audacia. Porque es el propio ordenamiento («los españoles son iguales ...» *pero no todavía*) el que ahora ha extraído a los juristas, pero particularmente a los jueces, del abrigado reducto en que les recluyó (claro que con su activa complicidad) el positivismo legalista. Y lo ha hecho para «complicarles la vida». Porque si aplicar la ley no fue nunca «limitarse a aplicarla», como quisiera un temprano comentarista de nuestra Constitución,

ahora menos que nunca, cuando es precisamente ésta la que llama a los encargados de esa tarea al compromiso irrenunciable de trabajar, como hombres de justicia, por una sociedad más justa.

En atención a lo anteriormente expuesto, se formula la siguiente propuesta de resolución:

*Jueces para la Democracia* entiende que el art. 9.2 de la Constitución Española contiene una exigencia de reinterpretación de todo el orden jurídico. En efecto, al imponer a los poderes públicos el deber inexcusable de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad... sean reales y efectivas», compromete de manera particular a los jueces con el esfuerzo de inspirar rigurosamente su actividad y sus actitudes profesionales en criterios de *igualdad sustancial*.