

# JUECES *para la* DEMOCRACIA

---

INFORMACION Y DEBATE

**G. Pisarello**, Ferrajoli y los derechos fundamentales. **J. I. Lacasta Zabalza**, La obra de Castán Tobeñas. **I. Gutierrez Gutierrez**, Constitución y derechos de los extranjeros. **F. Nieto Martín**, Expulsión de extranjeros. **A. Greppi**, ¿Hay alternativa al formalismo de los juristas? **P. Allegue**, Sobre el concepto de ciudadanía. **F. Eguaras Mendiri**, Corporativismo. **A. Kemelmajer**, Las acciones positivas. **F. de P. Blasco Gasco**, Derecho judicial y derecho jurisprudencial. **R. Blázquez y J. M. Fernández Seijo**, Aplicación de la LEC en los juzgados mixtos. **A. Ruiz**, Por un compromiso del juez latinoamericano.

**En este número:** Allegue, Pilar, profesora titular de Filosofía del derecho, Universidad de Vigo.  
Blasco Gasco, Francisco de P., catedrático de Derecho civil, Universidad de Valencia.  
Blázquez Martín, Raquel, juez de primera instancia e instrucción (Zamora).  
Eguaras Mendiri, Florentino, magistrado, Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.  
Fernández Seijo, José María, juez de primera instancia (Barcelona).  
Greppi, Andrea, profesor titular de Filosofía del derecho. Universidad Carlos III (Madrid).  
Gutierrez Gutierrez, Ignacio, profesor titular de Derecho Constitucional (UNED).  
Kemelmajer de Carlucci, Aída, catedrática de Derecho civil, magistrada de la Corte Suprema (Mendoza, Argentina).  
Lacasta Zabalza, José Ignacio, catedrático de Filosofía del derecho. Universidad de Zaragoza.  
Nieto Martín, Fernando, magistrado, Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.  
Pisarello, Gerardo, profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Barcelona.  
Ruiz, Alicia, magistrada, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Argentina).

### **Jueces para la Democracia. Información y Debate**

publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Consejo de Redacción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ (coordinador), Miguel CARMONA RUANO, Teresa CONDE-PUMPIDO TOURON, Jesús FERNANDEZ ENTRALGO y Alberto JORGE BARREIRO. Secretario de Redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4º B. 28036 MADRID. Suscripciones EDISA, c/ Torrelaguna, 60. 28043 MADRID.

Precio de este número: 1.250 ptas. (IVA INCLUIDO)

Suscripción anual (nacional): 3.000 ptas. (3 números).

Europa: 4.000 ptas.

Resto: 5.000 ptas.

Depósito legal: M. 15.960 - 1987. ISSN 1133-0627. Unigraf, S. A., Móstoles (Madrid).

# INDICE

	<u>Pág.</u>
<b>Debate</b>	
— <i>Ferrajoli y los derechos fundamentales. ¿Qué garantías?</i> , Gerardo Pisarello .....	3
— <i>Límites y rémoras en la obra de Castán Tobefías</i> , José Ignacio Lacasta Zabalza .....	11
— <i>Constitución española, derechos de los extranjeros</i> , Ignacio Gutierrez Gutierrez .....	19
— <i>Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar</i> , Fernando Nieto Martín .....	23
— <i>¿Hay alternativa al formalismo de los juristas?</i> , Andrea Greppi .....	29
— <i>Sobre el concepto de ciudadanía: ¿una senda ilustrada?</i> , Pilar Allegue .....	37
— <i>Corporativismo</i> , Florentino Eguaras Mendiri .....	43
<b>Estudios</b>	
— <i>Las acciones positivas</i> , Aída Kemelmajer de Carlucci .....	49
— <i>Derecho judicial y derecho jurisprudencial (nobles sueños, pesadillas y viglias del juez)</i> , Francisco de P. Blasco Gasco .....	70
<b>Teoría/práctica de la jurisdicción</b>	
— <i>Problemas de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los juzgados mixtos</i> , Raquel Blázquez Martín y José María Fernández Seijo .....	79
<b>Internacional</b>	
— <i>Constitución y jurisdicción: Por un compromiso del juez latinoamericano</i> , Alicia Ruiz .....	95
<b>Apuntes</b>	
— <i>La verdad es la verdad, dígala Agamenón... o Cardenal</i> .....	99
— <i>A vueltas con la motivación de los nombramientos (o 'en casa del herrero...')</i> .....	99
— <i>Tribunales, tertulias, tonterías</i> .....	100
— <i>Suministrar heroína a los heroinómanos: a buenas horas</i> .....	101

## Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?

Gerardo PISARELLO

En un sentido amplio, los derechos fundamentales pueden considerarse estrategias dirigidas a proteger intereses que se reputan relevantes, cuando no vitales. Dicha protección, básicamente, consiste en que esos intereses puedan invocarse de manera que alguien, de algún modo, resulte obligado a no interferir o a actuar positivamente en preservación de los mismos. La formulación y el alcance práctico de las obligaciones en cuestión representan diferentes niveles de garantía de los derechos. De ahí que la inexistencia o insuficiencia de las mismas en algunos de estos niveles pueda reducir los derechos, en el mejor de los casos, a simples declaraciones bienintencionadas, y en el peor, a velado instrumento de manipulación en manos del poder. No hay derechos, desde este punto de vista, sin deberes correlativos, sin sujetos obligados a respetarlos y asegurarlos. Pero no hay sujetos obligados sin sujetos capaces de obligar.

Estas premisas, acaso elementales y no del todo pacíficas, pueden sin embargo servir como introducción para reflexionar en torno a las recientes posiciones de Luigi Ferrajoli sobre la cuestión. La elección se justifica por sí sola. Los últimos escritos de Ferrajoli constituyen no sólo un valioso y polémico aporte al debate sobre los derechos fundamentales sino también el desarrollo de un proyecto teórico de calado más hondo, cuyas notas centrales pueden rastrearse en artículos tempranos como "Saggio di una teoria formalizzata del diritto"<sup>1</sup> y alcanzan un punto culminante en obras más maduras como *Diritto e ragione*<sup>2</sup>. Con ese bagaje a sus espaldas, lo que Ferrajoli se propone ahora es completar una teoría formal o estructural de los derechos fundamentales. Es decir, una teoría que no pretende describir ningún ordenamiento constitucional concreto sino más bien desentrañar la "lógica interna", en cierto modo abstracta, con la que han operado los derechos y, sobre todo, con la que operan en el constitucionalismo contemporáneo. Precisamente, la relación entre derechos y garantías ocupa un lugar destacado en dicha teorización<sup>3</sup>. A esta última y puntual cuestión aluden estas líneas.

La noción de derechos subjetivos, como se sabe, tiene una dilatada historia en la teoría del derecho. En el andamiaje conceptual de Ferrajoli vienen ca-

racterizados como expectativas de prestaciones y de no lesiones frente a los poderes públicos y privados. Sus garantías, a su vez, son presentadas como obligaciones encaminadas a su protección. Estas obligaciones pueden asumir como contenido deberes positivos, de hacer, o negativos, de no hacer. Ferrajoli distingue dos tipos de garantías de los derechos: las primarias y las secundarias. Las garantías primarias serían garantías legales y las secundarias, jurisdiccionales. Las garantías primarias comprenderían las obligaciones que, en materia de derechos fundamentales, las normas imponen al legislador (e indirectamente a la administración). Las secundarias, por su parte, estarían constituidas por los deberes que, también en relación con los derechos, las normas encomiendan a los órganos jurisdiccionales. La relación entre unas y otras garantías sería de subsidiariedad. O sea, que las garantías secundarias operarían sólo en caso de insuficiencia o incumplimiento de las garantías primarias. Ambas serían, en suma, deberes a cargo de los poderes públicos, esto es, garantías institucionales<sup>4</sup>.

En el derecho moderno, es frecuente que las garantías legales se encuentren formuladas como garantías constitucionales, es decir, positivamente estipuladas en la Constitución. Al establecer un derecho, en efecto, las normas constitucionales suelen incorporar una serie de obligaciones a cargo de los poderes públicos (y a menudo, también, de poderes privados)<sup>5</sup>. No siempre, es verdad, la formulación de estas obligaciones es expresa. Lo cual, se ha dicho, sería una prueba de que la simple atribución de un derecho no comporta sin más su garantía, su protección<sup>6</sup>. No obstante, desde un punto de vista más amplio, es posible matizar dicha negación. De hecho, podría sostenerse en cambio que el solo reconocimiento de un derecho entraña ya una garantía, embrionaria, del interés que éste procura

<sup>1</sup> La expresión, es evidente, se usa aquí en el sentido de deberes cuyo cumplimiento incumbe a poderes institucionales. No debe confundirse, por tanto, con la noción de garantía institucional tal como se utiliza, por ejemplo, en Carl Schmitt.

<sup>2</sup> No es posible extenderse aquí en la debatida cuestión de los efectos mediatos o inmediatos de la *Drittwirkung* constitucional. Baste con dejar constancia del significativo papel otorgado por Ferrajoli a la sujeción también de los "poderes privados" a los límites y controles que supone el respeto de los derechos fundamentales; planteamiento enmarcado en la consigna, recogida por el autor, de articular un constitucionalismo no sólo de "derecho público", sino también de "derecho privado". Vid., en ese sentido, "Il diritto privato del futuro: libertà, poteri e garanzie", en AA.VV., *Il diritto privato futuro*, Università degli Studi di Camerino, 1993, págs. 13 y ss.

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, R. Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, (M. Carbonell, ed.), Fontamara-UNAM, México, 2001, págs. 233 y ss.

<sup>1</sup> En *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 1965, págs. 55-105.

<sup>2</sup> Laterza, Bari, 1989 (Hay ed. cast., por la que se cita, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 2000)

<sup>3</sup> Vid. L. Ferrajoli, "Derechos fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), Trotta, Madrid, 2001, págs. 19 y ss.

resguardar. Embrionaria, precisamente, en la medida en que contribuye a "hacer visible" el interés en cuestión, lo cual ofrece un primer resquicio para el control y un límite, tímido pero no imaginario, para el poder. En ese sentido, una norma que se limitara a estatuir el derecho de todos "a un salario digno" no podría considerarse un simple *flatus vocis*, ya que encerraría, al menos, la prohibición de regulaciones normativas que supongan un salario insuficiente o miserable.

Es verdad que en otros casos los deberes y los obligados a observarlos se indican de manera explícita, bien en la misma norma que prevé el derecho, bien en otras diferentes. Todo lo cual, naturalmente, afecta la intensidad y el alcance de la garantía en cuestión. Así, es evidente que no tiene la misma eficacia, desde un punto de vista garantista, una norma que establece un derecho sin enunciar los respectivos deberes que incumben a los poderes públicos o privados que aquellas que identifican con precisión cuáles son las prohibiciones, habilitaciones u obligaciones, así como los concretos sujetos obligados. Pero la existencia de una garantía primaria no es una cuestión de todo o nada. Por el contrario, la insuficiencia de las garantías previstas en el enunciado de una norma no comporta su esterilidad. De la precisión del lenguaje constitucional respecto de las obligaciones y de los obligados depende, es verdad, buena parte de la calidad de una garantía. Pero ni la relativa indeterminación equivale a indeterminabilidad, ni las dificultades semánticas suponen ininteligibilidad y, mucho menos, inutilidad. El propio positivismo constitucional y la pretensión de normatividad que encierran las constituciones modernas comportan que las normas que atribuyen derechos están allí por alguna razón y que, por lo tanto, deben ser "tomadas en serio" al menos por quienes las han "puesto" en el ordenamiento. Lo cual exige interpretarlas potenciando su alcance vinculante, y no a la inversa<sup>7</sup>.

No es sencillo, una vez más, delimitar el campo semántico de formulaciones aisladas y sujetas a variaciones contextuales. De hecho, se trata, contra lo que suele afirmarse, de un fenómeno extensible no sólo a los preceptos que contemplan los llamados derechos sociales sino también a los que acuerdan derechos reputados civiles y políticos. ¿Cuál es, en efecto, el alcance exacto del derecho "a la vida" o a una "vivienda adecuada"? El derecho a la "libertad de expresión": ¿comprende la posibilidad de gritar las propias ideas con un megáfono en medio de la noche o de recubrir con manifiestos electorales estatuas y edificios?<sup>8</sup> Evidentemente no se trata, en

ninguno de los casos, de una cuestión insoluble. La determinación del alcance normativo de una garantía debe comenzar en la dicción literal de la norma que prevé el derecho en cuestión. Pero desde una perspectiva sistemática debe complementarse a partir de su conexión con otras normas del ordenamiento que permitan precisarlo. Así, por ejemplo, con aquellas provenientes de tratados internacionales reconocidos en el orden interno o de las interpretaciones que de las mismas hayan realizado operadores autorizados. Piénsese, en ese sentido, en el nivel de concreción que, frente a poderes públicos y privados, ganan las garantías de ciertos derechos sociales constitucionales como producto de su conexión con las previsiones del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y con el alcance que a éstas han dado las Observaciones Generales del Comité de DESC de Naciones Unidas<sup>9</sup>.

Claro que, siguiendo la distinción establecida por Ferrajoli, las llamadas garantías primarias plantearían un problema previo. Y es que, aun admitiendo su presencia en la propia atribución del derecho, la experiencia moderna previene contra todo optimismo en torno a sus potencialidades vinculantes. Precisamente porque la sola estipulación de garantías legales-constitucionales supone dejar libradas a la benevolencia del legislador, a su voluntad de auto-limitación, la realización y protección de los intereses que los derechos encarnan. Esta fue, de hecho, la situación de los derechos en buena parte del constitucionalismo continental a lo largo del siglo diecinueve y hasta comienzos del veinte. Una experiencia histórica que, como se sabe, acabó por trascender como ejemplo paradigmático de un constitucionalismo débil, otorgado, o simplemente semántico. En ese modelo, en efecto, los derechos comportan ante todo garantías políticas: su custodia, en suma, se encarga exclusivamente, bien al legislador, bien a la administración. Lo cual supone, en última instancia, otorgarles el estatuto de concesiones revocables y no de expectativas estables sustraídas al capricho de los poderes de turno<sup>10</sup>.

A pesar de las modificaciones estructurales experimentadas por el constitucionalismo moderno como técnica de control de todo poder, incluso del de las coyunturales mayorías electorales, esta imagen de un poder soberano, libre de ataduras e investido con potestades de disposición exclusiva en materia de derechos, ha perdurado, de manera más o menos abierta, en las democracias actuales. A rebatir esta imagen, precisamente, se dirigen las reflexiones de Ferrajoli. En su propuesta teórica, la necesidad de articular garantías legales de los derechos ocupa un

<sup>7</sup> Así, L. Ferrajoli, *La cultura jurídica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Bari, 1999, pág. 111. Esta obligación de "tomarse en serio" el constitucionalismo positivo no entrañaría, sin embargo, una profesión de constitucionalismo ideológico, dispuesta a otorgar un valor moral intrínseco a las normas constitucionales por el solo hecho de serlo. Simplemente se trataría de un deber para el observador interno, pero no estaría reñido, en razón de la separación entre moral y derecho también postulada por Ferrajoli, con la posibilidad de una crítica externa de las normas constitucionales, proponiendo, llegado el caso, su modificación e incluso su supresión.

<sup>8</sup> Vid., a propósito de esta cuestión, R. Bin, *Capire la Costituzione*, Laterza, Roma, 1998, págs. 60 y ss.

<sup>9</sup> Vid., por ejemplo, M. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on its development*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

<sup>10</sup> Si bien es cierto que, en la tradición francesa por ejemplo, el régimen de lo contencioso administrativo comenzó originándose como un control interno de la Administración sobre su propio aparato. No ya los tribunales, por lo tanto, sino la propia administración mediante órganos especiales, era quien enjuiciaba, en un proceso de autocontrol, el comportamiento de los administradores. En este sentido, sigue siendo útil reenviar al precursor ensayo de E. García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 19 y 20.

Una elección redonda,  
por **calidad**, por **tiempo**.

**Calidad:** Características y propiedades de una persona o cosa que permiten definirla, calificarla y compararla con otras de su especie.

**Tiempo:** Cada uno de los actos sucesivos en los que se divide la ejecución de una cosa.

Las bases de datos de Aranzadi son la forma más rápida y sencilla de acceder a toda la información jurídica con la comodidad y ahorro de espacio que los nuevos soportes informáticos nos ofrecen. Sin duda, el producto de mayor calidad del mercado tanto por su gran cantidad de documentos como su alto nivel de análisis, fruto del riguroso trabajo realizado por los más prestigiosos juristas que forman parte de Editorial Aranzadi.

Características de la Colección Bases de Datos Aranzadi: • Análisis únicos, completos y exhaustivos. • Tesoro de conceptos jurídicos. • Interrelación total entre todas las Bases de Datos. • De muy fácil manejo. • Actualización constante.

Base de Datos Aranzadi Legislación  
Base de Datos Aranzadi Legislación últimos 5 años  
Base de Datos Aranzadi Legislación Vigente  
Bases de Datos Aranzadi Legislación Autonómica  
Base de Datos Integrada de Comunidades Autónomas  
Base de Datos Aranzadi Convenios Colectivos  
Base de Datos Aranzadi Jurisprudencia 1979-2001  
Base de Datos Aranzadi Jurisprudencia 1990-2001  
Base de Datos Aranzadi Jurisprudencia últimos 5 años  
Base de Datos Aranzadi Tribunal Constitucional  
Base de Datos Aranzadi Tribunales de Justicia, Audiencias Provinciales y Otros Tribunales.  
Base de Datos Aranzadi Jurisprudencia Tributaria  
Base de Datos Aranzadi Civil y Mercantil  
Base de Datos Aranzadi Jurisprudencia Contencioso-Administrativa  
Base de Datos Aranzadi Social  
Base de Datos Aranzadi Penal

Bases de Datos Aranzadi,  
todo lo que necesita, al instante.

**ARANZADI**  
EDITORIAL

902 444 144

Carretera de Aoz, km. 3,5 - 31486 ELCANO (Navarra).  
Internet: <http://www.aranzadi.es> / E-mail: [clientes@aranzadi.es](mailto:clientes@aranzadi.es)

lugar fundamental. De hecho, él mismo las caracteriza como garantías primarias. Pero esa articulación no puede realizarse, por ejemplo, a partir de una concepción "beata" de las democracias representativas "realmente existentes". Y es que en el contexto actual, y tras la euforia inicial generada con el fin del mundo bipolar, la difusión de la democracia representativa como ideal de gobierno ha venido a coincidir con la puesta en entredicho de algunos de sus pilares capitales. Piénsese, si no, en las marcadas insuficiencias de los instrumentos tradicionales de representación para incorporar a colectivos relevantes (como las mujeres), o en la creciente sujeción de partidos, sindicatos y sedes legislativas a la lógica de la profesionalización y a constricciones burocráticas y mercantiles de todo género (siendo la videopolítica una de las más relevantes). Todo ello con las inevitables consecuencias en términos de apatía, abstencionismo y distanciamiento entre electores y elegidos y, desde el punto de vista jurídico, de pérdida de centralidad de la ley en beneficio de fuentes de regulación opacas y reticentes a controles adecuados, tanto en el orden interno como en el supraestatal<sup>11</sup>.

En ese contexto, sólo una interesada falacia política podría confiar a un poder "bueno" la realización de los derechos de todos. Frente a los vanguardismos y elitismos de diverso signo, la experiencia del siglo veinte ha enseñado que todo poder, público o privado, en tanto capacidad de influir de manera arbitraria en la esfera de acción de las personas, debe someterse a límites. No sólo, por tanto, el poder de los "otros" sino también el de los "propios". Un imperativo a menudo despreciado, como recuerda Ferrajoli, a derecha e izquierda del espectro político: por el decisionismo conservador y las dictaduras fascistas, pero también por el comunismo autoritario e incluso por algunas de las más conspicuas socialdemocracias occidentales.

Ahora bien, es precisamente en este marco en el que las garantías secundarias, jurisdiccionales, se postulan como un posible elemento de regeneración. Las garantías jurisdiccionales actuarían como fusibles frente a fallos, patologías e incumplimientos en las garantías legales. Claro que no se trata de una idea nueva. Ya desde Kelsen, al menos, la calificación de un derecho como derecho subjetivo se ha considerado estrechamente vinculada a la existencia, no tanto de garantías primarias, como de garantías secundarias para el mismo. Justamente, la caracterización de un derecho como simple norma programática, como "derecho sobre el papel" carente de auténtico valor jurídico, ha pretendido dar cuenta de la ausencia de garantías jurisdiccionales adecuadas en su resguardo<sup>12</sup>. Se trata, en suma, de

un fenómeno ampliamente reconocido a partir del constitucionalismo de la segunda posguerra: si la garantía extraordinaria de los derechos frente a la arbitrariedad del legislador remite al diverso grado de rigidez otorgado a las normas constitucionales, las garantías ordinarias, en cambio, se asimilan sobre todo a la previsión de garantías jurisdiccionales autorizadas para que hagan efectivos, de algún modo, su fuerza normativa, su carácter vinculante, incluso frente al legislador<sup>13</sup>.

Lo más llamativo, en cualquier caso, es que esta lógica, en buena parte aceptada en lo que se refiere a los tradicionales derechos civiles y políticos, ha encontrado una pertinaz resistencia en lo que respecta a los derechos sociales. En efecto, el paso del Estado legislativo al Estado constitucional ha concernido fundamentalmente a los llamados derechos liberales. Pero no se ha extendido de igual modo a los derechos sociales, cuya configuración normativa, por el contrario, se ha desplazado del ámbito del Estado legislativo al del Estado administrativo, cuando no a sedes extraestatales regidas por lógicas abiertamente mercantilistas.

A pesar de ello, lo que en beneficio de una categoría de derechos, los civiles y políticos, se celebra como una virtud del constitucionalismo entendido como técnica de límites al poder, se presenta en relación con los derechos sociales como una peligrosa amenaza a la salud democrática y a la estabilidad de las arcas públicas. Así, en un curioso ejercicio de "jacobinismo anti-social" en el que confluyen tanto sectores conservadores como algunos pretendidamente progresistas, se argumenta, una y otra vez, no sólo la imposibilidad, sino además la inconveniencia de la justiciabilidad de los derechos sociales. Los derechos sociales, se repite con machacona insistencia, son derechos caros, con fuerte incidencia presupuestaria, que demandan una serie de intervenciones complejas que de ningún modo pueden llevarse adelante desde instancias jurisdiccionales. Además, aún en el caso de que se admitiera la viabilidad técnica de sus garantías jurisdiccionales, se trataría de garantías que irritan la lógica democrática, en la medida que comportarían una inadmisibles subordinación de representantes electos a funcionarios sin responsabilidad electoral.

Se trata de argumentos, por reiterados, conocidos. Sin embargo, resultan insatisfactorios tanto desde el punto de vista estructural como axiológico. La justiciabilidad de los derechos sociales, en efecto, no ofrece dificultades distintas a las de la mayoría de los derechos civiles y políticos. Todos los derechos, desde el debido proceso, la libertad contractual o la seguridad física encierran un coste que, de un modo u otro, supone erogaciones presu-

<sup>11</sup> Sobre esta última cuestión, Vid. C. de Cabo, *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2001; o E. García de Enterría, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 2000.

<sup>12</sup> Cfr. R. Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y meta-teoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, pags. 179 y ss. O, de modo terminante, Danilo Zolo, quien directamente sostiene: "un derecho formalmente reconocido pero no *justiciable* —es decir, no aplicado o aplicable por los órganos judiciales mediante procedimientos definidos— es, *tout court*, un derecho inexistente", en "La estrategia della cittadinanza", D. Zolo (ed.),

*La cittadinanza, appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994.

<sup>13</sup> Ese "hacer efectivo", desde luego, no tiene porque materializarse a través de una vía única, sancionatoria. Que los jueces tengan algo que decir, que puedan introducir algún tipo de control que renueve la impunidad del legislador o de la administración que existiría en su ausencia, ya entraña un cierto grado, lo precario que se quiera, de juridicidad.

puerarias<sup>14</sup>. Todos comportan un cierto límite a las competencias normativas del legislador. ¿Por qué rechazar el dogma de la absoluta discrecionalidad legislativa en un caso y mostrar tantas reticencias en el otro? Y si el problema es la desconfianza “democrática” en la justicia constitucional ¿por qué no actuar con honestidad y proponer su lisa y llana eliminación, en lugar de postular un doble rasero, según el tipo de derechos involucrados, tan injustificado como incoherente?<sup>15</sup>

Contra este tipo de posiciones, una vez más, se revuelve la posición de Ferrajoli. Su propuesta de separación entre derechos y garantías (secundarias) sirve de modo especial para esclarecer el estatuto normativo de los derechos sociales. La existencia de un derecho, argumenta Ferrajoli, depende de su enunciación positiva y no de la previsión de su respectiva garantía secundaria<sup>16</sup>. Un derecho positivo sin garantía jurisdiccional sigue siendo un derecho jurídico y no simple norma programática o admonición moral, como prefieren las sedicentes posturas “iusrealistas”. Esta aproximación explicativa encierra, en el fondo, una opción valorativa y una estrategia de transformación. En primer lugar, apunta a evitar el desplazamiento de los derechos al campo volátil de las categorías políticas, rescatándolos en cambio para el mundo simbólico del derecho, con todas las consecuencias legitimatorias que eso pueda suponer. Y a partir de este rescate explicativo arriesga una audaz propuesta prescriptiva: la eventual ausencia o insuficiencia de garantías en un derecho subjetivo no puede considerarse una simple opción política. Por el contrario, constituye además una laguna que la propia “lógica” del ordenamiento exige denunciar y colmar<sup>17</sup>. Esta proposición, naturalmente, suscita algunos interrogantes: ¿en qué sentido puede considerarse la ausencia de garantías una laguna “jurídica” inherente a la “lógica” del propio ordenamiento? Es evidente que su denuncia correspondería tanto a un operador autorizado como a un observador externo (los juristas o los propios ciudadanos). Pero ¿quién y cómo podría colmarla? En principio, la corrección o incorporación de una garantía encerraría una reforma de la norma en cuestión o la incorporación de normas nuevas, tarea que incumbiría al legislador, constitucional u ordinario según el caso. Claro que la corrección jurisdiccional, a través de técnicas hermenéuticas controladas, tampoco podría, en la medida en que lo permitan los márgenes constitucionales, descartarse de antemano.

Ahora bien, más allá de las previsiones al respecto en un ordenamiento concreto: ¿es posible, técnicamente, y en su caso, deseable, la justiciabili-

dad de derechos como los sociales? A esta altura del desarrollo jurisprudencial en el derecho comparado, la primera cuestión no admite dudas<sup>18</sup>. El repertorio de estrategias dirigidas a otorgar a los derechos sociales exigibilidad ante los tribunales es lo suficientemente vasto como para extraer una respuesta positiva<sup>19</sup>. Desde las sentencias de inconstitucionalidad por omisión, los mandatos al legislador o las sentencias aditivas (de prestación y de principio), pasando por los amparos individuales y colectivos, directos y por conexión, es posible recoger un rico elenco de vías procesales que, de *lege ferenda* o de *lege lata*, podrían ponerse, o de hecho se han puesto, al servicio de la operatividad de las garantías secundarias de los derechos sociales<sup>20</sup>.

Pero aun si se concediera que la previsión técnica de garantías jurisdiccionales es posible, quedaría en pie una segunda cuestión: ¿son deseables? En sus últimos escritos, Ferrajoli no afronta directamente la fundamentación de la justicia constitucional. Antes bien, la considera como un dato “puesto” en los ordenamientos constitucionales positivos que debe tomarse como un marco implícito para el resto del análisis. Sin embargo, no parece que la espinosa justificación de las garantías secundarias pueda eludirse. La literatura dedicada a la materia es extensa y las dificultades de la tarea son innegables. A pesar de ello, alguna justificación relativa sigue resultando plausible<sup>21</sup>. Que los jueces tengan algo que decir en materia de control de derechos sociales no quiere decir que deban tener la exclusiva y ni siquiera la última palabra sobre la cuestión. Los modelos bilaterales o multilaterales de reparación de la inconstitucionalidad son, una vez más, un buen ejemplo en este sentido<sup>22</sup>. Su actuación, en consecuencia, no tiene porque verse como un elemento de sofocación o suplantación democrática. Es verdad que de la beligerante retórica de Ferrajoli contra la impunidad del poder en materia de violación de de-

<sup>14</sup> Vid., por ejemplo, V. Abramovich y C. Courtis, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en *Contextos. Revista crítica de derecho social*, n.º 1, Buenos Aires, 1997, págs. 3 y ss. Igualmente, para un reciente y representativo caso jurisprudencial “La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la jurisprudencia sudamericana”, *Jueces para la democracia*, 40, marzo 2001.

<sup>15</sup> También en un caso como el español, donde la previsión de buena parte de los derechos como “principios rectores” no constituiría un obstáculo insalvable para dotarlos de fuerza normativa, incluso para derivar de ellos, al menos de manera indirecta, posiciones subjetivas amparables ante los tribunales. Vid., por ejemplo, L. Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos*, Instituto Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1998, P. Andrés Ibáñez, “Garantía judicial de los derechos humanos”, en *Claves*, n.º 90, Madrid, 1999, págs. 14 y 15.

<sup>16</sup> Vid. el inteligente trabajo de V. Abramovich y C. Courtis, *Estrategias de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, de próxima aparición en la editorial Trotta.

<sup>17</sup> Vid., por todos, R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, págs. 174 y ss.

<sup>18</sup> Estas intervenciones, por ejemplo, suponen la posibilidad de que los jueces, al identificar una actuación inconstitucional, difieran su reparación al legislador y, sin imponerle una vía única, lo emplacen para que, en un plazo concreto, utilice alguna de los que se encuentran a su alcance. Vid., en ese sentido, los detenidos análisis de M. González Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, CEC, Madrid, 2000, págs. 177 y ss. y F. J. Díaz Revorio, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, en REDC, n.º 61, Madrid, 2001, págs. 81 y ss.

<sup>14</sup> Cfr., por todos, R. Bin, *Capire la Costituzione*, cit. págs. 62 y 63 y S. Holmes y C. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton and Company, New York, 1998.

<sup>15</sup> Un doble rasero que en términos prácticos parece resolverse en la contradictoria consigna de mantener a toda costa la justicia constitucional, pero inutilizada, como una suerte de “brazo tonto de la ley”.

<sup>16</sup> Vid. L. Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, en *El fundamento de los derechos...*, cit. págs. 45 y ss.

<sup>17</sup> Sobre esta idea de una “lógica” interna del Estado de derecho, Vid., Ferrajoli, L., *La cultura jurídica...*, cit. págs. 112 y 113.

rechos, tanto liberales como sociales, puede en ocasiones desprenderse la impresión de una cierta subordinación, obviamente problemática, de las garantías legales a las definiciones que de los mismos realicen los órganos jurisdiccionales<sup>23</sup>. El liberalismo igualitario que alienta el constitucionalismo "fuerte" de Ferrajoli se presentaría, desde esta perspectiva, reñido con el ideal de autogobierno que exige el principio democrático. A pesar de las tensiones efectivamente existentes en la obra del iusfilósofo italiano, no parece, con todo, que se trate de una conclusión terminante. La propia teorización de Ferrajoli, creo, admite una lectura más "republicanista"<sup>24</sup>.

Y es que la desconfianza frente a los poderes de todo tipo supone, en último término, la confianza en la permanente circulación de contrapoderes políticos, jurisdiccionales y, sobre todo, sociales. El contenido de lo constitucionalmente "no decidible" por las mayorías políticas coyunturales, por lo tanto, no tiene por qué asumirse como esfera de lo "no discutible"<sup>25</sup>. Más aún, desde una lectura "rematerializada" de la justificación procedimental del control de constitucional<sup>26</sup>, como la avanzada por Nino<sup>27</sup> o incluso por el propio Habermas<sup>28</sup>, las garantías jurisdiccionales, tanto de derechos liberales como de derechos sociales, podrían concebirse como paradójicos límites habilitantes, esto es, como medios para desbloquear y activar, y no para restringir o suplantar, los canales de participación democrática<sup>29</sup>. A partir de esta fundamentación, antes republicana que liberal de los controles jurisdiccionales<sup>30</sup>, éstos no quedarían reducidos a simples mecanismos contramayoritarios. Antes bien, representarían vías aptas para provocar un diálogo, no necesariamente descendente, entre órganos jurisdiccionales y políticos acerca de lo que constitucionalmente, según la terminología de Ferrajoli, "no puede decidirse" o "dejarse de decidir", esto es, la protección de los derechos tanto de libertad como sociales. Una relación de este tipo, sin diluir la separación entre poderes, contribuiría a una mejor identificación y reparación de las vulneraciones, por comisión u omisión, de derechos fundamentales, garantizando al mismo tiempo, la supremacía de la Constitución. Y configuraría, por lo

tanto, una alternativa a las contraposiciones férreas entre "democratización" y "constitucionalismo", sobre todo en aquellos casos en que éste sirve precisamente para incluir y asegurar la presencia de voces e intereses suprimidos o desatendidos en el proceso democrático formal.

En ese contexto justificatorio, me parece, pierde sustento la posición que pretende ver en la actuación de la justicia constitucional un debilitamiento de los espacios participativos, así como el riesgo de que la democracia sea fagocitada<sup>31</sup> por un supuesto —aunque a todas luces contrafáctico— "gobierno de los jueces" en materia de derechos fundamentales<sup>32</sup>. Por el contrario, las (no demasiado frecuentes) actuaciones jurisdiccionales "reales" que promueven el acceso de colectivos desfavorecidos al goce de sus derechos suelen operar, no como intentos de diseñar por sí mismas políticas públicas, sino como verdaderos catalizadores para sedes representativas de otro modo inermes y atrapadas en una rígida dinámica de autoprogramación<sup>33</sup>.

Dicho esto, sin embargo, no todos los problemas quedan despejados. El de las garantías secundarias no residiría ya en su viabilidad técnica o en sus potenciales efectos regenerativos para el tejido democrático. Pero ¿hasta que punto podría confiarse en ellas? En otras palabras: si las garantías primarias, dejadas al arbitrio del legislador, suelen vulnerarse, ¿por qué no ocurriría lo mismo con las garantías secundarias, libradas al albur de los propios jueces? Es cierto que la parcial democratización de la judicatura, allí donde ha tenido lugar, ha modificado, al menos en parte, su tradicional componente de clase. Y que el contenido normativo del constitucionalismo del Estado social y democrático de derecho le ha marcado una línea de actuación que minimiza, en principio, posibles intervenciones antigarantistas<sup>34</sup>. Pero, ¿es esto suficiente? ¿Qué evitaría que una institución de este tipo quedara atrapada, al igual que los órganos políticos y administrativos, en una lógica autorreferencial que la condujese a actuar antes como vía de cobertura y confirmación de las patologías burocráticas de aquellos y no como control o límite? ¿No es acaso el propio Ferrajoli quien, en su momento, advirtió no sólo contra las falacias politicistas, basadas en la confianza en un poder político "bueno", sino también contra las falacias garantistas, asentadas en la idea de que bastaría con un derecho "bueno" o, en este caso, con

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, en la recurrente insistencia en la intangibilidad de la "esfera de lo no decidible por la democracia política" o en la defensa de la subordinación de ésta a la "democracia sustancial" encarnada, según Ferrajoli, por unos derechos constitucionales necesariamente interpretables por los jueces. Para algunas matizaciones del propio autor al respecto, ver sin embargo, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", en *Los fundamentos*, cit. págs. 339 y ss.

<sup>24</sup> Para una introducción al republicanismo como ideal Vid., P. Pettit, *Republicanism*, Paidós, Barcelona, 1999.

<sup>25</sup> Cfr. A. de Cabo, A. de G. Pisarello, "Prólogo", a *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., págs. 14 y ss.

<sup>26</sup> Vid., por todos, J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, 1980.

<sup>27</sup> Vid. *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, págs. 299 y ss.

<sup>28</sup> Vid. *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 1998, pág. 354.

<sup>29</sup> Se trataría, en suma, de un modelo procedimental "fuerte" de justicia constitucional, capaz de incluir el contenido básico no sólo de los derechos civiles y políticos sino también de los derechos sociales.

<sup>30</sup> Es ya clásica la referencia en este sentido al artículo de F. Michelman "Law's Republic", *The Yale Law Journal*, 97, 1988; Un balance más reciente del propio autor puede verse en "Human Rights and the Limits of Constitutional Theory", en *Ratio Juris*, vol. 13, nº 1, 2000.

<sup>31</sup> Así, de modo significativo, A. Pintore, "Derechos Inalienables", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit. págs. 243 y ss.

<sup>32</sup> Cuando E. Lambert lanzó su célebre advertencia acerca del *gouvernement des juges*, lo que tenía en mente era la conservadora jurisdicción norteamericana del siglo diecinueve y de comienzos del veinte, defensora militante del carácter absoluto del derecho de propiedad y enemiga de los derechos sociales. Lo llamativo es que esta exhortación haya sido exhumada una y otra vez, incluso por sectores "progresistas", para cerrar paso a posibles intervenciones jurisdiccionales, no ya contra los derechos sociales, sino a favor de los mismos.

<sup>33</sup> Sobre las posibilidades y efectos prácticos de la utilización de estrategias jurisdiccionales en defensa de sectores desfavorecidos, Vid. *Cause Lawyering*, Austin Sarat y Stuart Scheingold (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1998.

<sup>34</sup> Sobre alguna de estas cuestiones, Vid., por ejemplo, P. Andrés Ibáñez, "La justicia del Estado de Derecho en la crisis del Estado social", en *Justicia/Conflicto*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 112 y ss.

jueces "virtuosos"<sup>35</sup>, para proteger adecuadamente los derechos de las personas?<sup>36</sup> Las garantías primarias y secundarias, se ha visto, son en último término garantías institucionales ¿Cómo evitar que éstas se resuelvan (como a menudo ocurre) en una dinámica antes de complicidad que de relativo control entre poderes? ¿Qué clase de garantías ulteriores, además de los mecanismos de selección de jueces, del propio lenguaje de las normas o de las técnicas de argumentación, harían falta para conjurar su degeneración burocrática o mercantilista?

Llegados a este punto, cualquier respuesta reenvía a las líneas iniciales de estas reflexiones. Seguramente, las garantías políticas y jurisdiccionales resultan hoy esenciales a la hora de recomponer el estatuto efectivo de los derechos fundamentales. Pero un programa constitucional de garantías institucionales de los derechos, por más exhaustivo que fuera su diseño, resultaría incompleto, irrealista, y en última instancia, fútil, sin la existencia y permanente promoción de múltiples y robustos espacios ciudadanos en condiciones de garantizar socialmente la eficacia de las aludidas garantías institucionales y de conjurar su ya probada tendencia a la autoprogramación<sup>37</sup>. Sin una clara identificación de las obligaciones y de los sujetos obligados, los derechos carecen de la savia que nutre su fuerza reivindicativa. Pero la actuación o la inhibición de los obligados, a su vez, sólo pueden tener lugar, en último término, si existen actores capaces de obligar. Si existen, en suma, frente a los poderes estatales y privados, garantías sociales, ciudadanas, de los derechos<sup>38</sup>.

A diferencia de las garantías primarias y secundarias, que comportan obligaciones para los poderes institucionales, las garantías sociales representarían, al mismo tiempo, un deber y un derecho de los ciudadanos y colectivos vulnerables. De todos los ciudadanos, ya que todos tienen un interés potencial en erradicar la violencia social que el atropello de los derechos ajenos entraña. Pero en especial de los efectivamente "sin poder", esto es, de quienes, a resultas de su situación de concreta vulnerabilidad física, cultural, económica o de género, ven cotidianamente ignoradas y atropelladas sus libertades y necesidades básicas por micro y macropoderes de distinta laya.

Ciertamente, no se trata, como pretendería cierto comunitarismo de cuño schmittiano, de supeditar la eficacia de la Constitución a la existencia de un "pueblo" prepolítico, homogéneo, sin el cual todo programa normativo resultaría vacío. Más bien, se trata de recordar que un proyecto garantista cons-

treñado a operar en el contexto de sociedades complejas no puede sino descansar en la articulación, no ya unitaria, pero sí plural, de actores sociales capaces de recoger, perfeccionar y profundizar una cultura constitucionalista en materia de derechos fundamentales. Dicho en otros términos: no en la praxis virtuosa de la sociedad o de una clase única concebidas como sujetos de gran formato, sino en una pluralidad de voces y de actores con derechos y deberes de presionar y participar directamente en la formulación y activación de las garantías institucionales de los derechos, así como de procurarse mecanismos de autotutela de los mismos<sup>39</sup>.

La retórica de los derechos como "triunfo frente a las mayorías", popularizada por Dworkin y recogida por Ferrajoli en más de una ocasión, puede, en un momento concreto, operar como un arma efectiva de los más débiles contra los más poderosos. Sin embargo, de no activar e involucrar a esferas sociales más amplias, que incluyan y vayan más allá de los directamente afectados, sólo podría dar lugar a victorias pírricas, fácilmente reversibles ante el más ligero cambio de humor institucional. Y no se trata únicamente de una cuestión de eficacia, sino también de legitimidad<sup>40</sup>. Y es que sólo un amplio proceso deliberativo impulsado desde abajo, con la presencia de los propios colectivos interesados, podría propiciar un esquema de derechos fundamentales no sólo *para* los "sin derechos" sino *con* los "sin derechos". Es decir, no meras concesiones tecnocráticas, paternalistas, y por lo tanto revocables, que conciban a los destinatarios de los derechos antes como objetos que como sujetos de las políticas públicas, sino apropiaciones plurales y auto-conscientes de la defensa e interpretación de los derechos fundamentales por parte de los potenciales afectados. El lenguaje jurídico de los derechos, en ese sentido, sólo puede arraigar a condición de una simultánea recreación del lenguaje y la actuación de lo político y de lo social. Por eso, la construcción de contrapoderes democráticos no puede verse como un simple

<sup>35</sup> Podrían considerarse vías concretas de participación en la realización de las garantías legales, además de los hoy necesarios pero insuficientes mecanismos de actuación en el circuito representativo, algunos apenas utilizados (y menos propiciados) como las iniciativas legislativas populares, las audiencias ciudadanas o los presupuestos participativos. Vid., sobre el tema, *Ciudadanos y decisiones públicas*, Joan Font (coord.), Ariel, Barcelona, 2001. En lo que respecta a las garantías jurisdiccionales, cabría igualmente pensar en las diversas vías de ampliación del acceso a los procesos de tutela de los derechos: desde las acciones tradicionales hasta las acciones colectivas y de interés público, pasando por las diferentes garantías del derecho a ser oído y del debido proceso. Todo ello, por fin, sin desmayo de ciertos mecanismos de autotutela indispensables en todo ordenamiento constitucional democrático: desde la huelga y el derecho de manifestación, pasando por distintas formas de autogestión y, llegado el caso, al ejercicio de la desobediencia civil. Sobre esta última cuestión es ya una referencia clásica el trabajo de J. A. Estevez Araujo, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994.

<sup>36</sup> Detrás de esta afirmación, obviamente, late una cuestión compleja: la del fundamento consensual de los derechos. A pesar de su apuesta por un complemento entre poder social directo y poder político representativo, la posición de fondo de Ferrajoli es, al mismo tiempo, anticonsensualista, y recuerda, en ese sentido, a la propuesta de liberales igualitarios como E. Garzón Valdés. Para una fundamentación con mayor énfasis en el elemento deliberativo Vid., sin embargo, C. Nino, *La constitución de la democracia...*, cit. págs. 166 y ss.

<sup>37</sup> Para una reflexión acerca de estos atributos, Vid. M. Atienza, "Virtudes judiciales", en *Claves*, nº 86, Madrid, 1998, y "Ética Judicial", en *Jueces para la Democracia*, 40, Madrid, 2001.

<sup>38</sup> *Derecho y razón*, cit., pág. 940.

<sup>39</sup> Vid., sobre estas cuestiones, el sugerente ensayo de Epp Charles, *The Rights Revolution*, University of Chicago Press, Chicago, 1998.

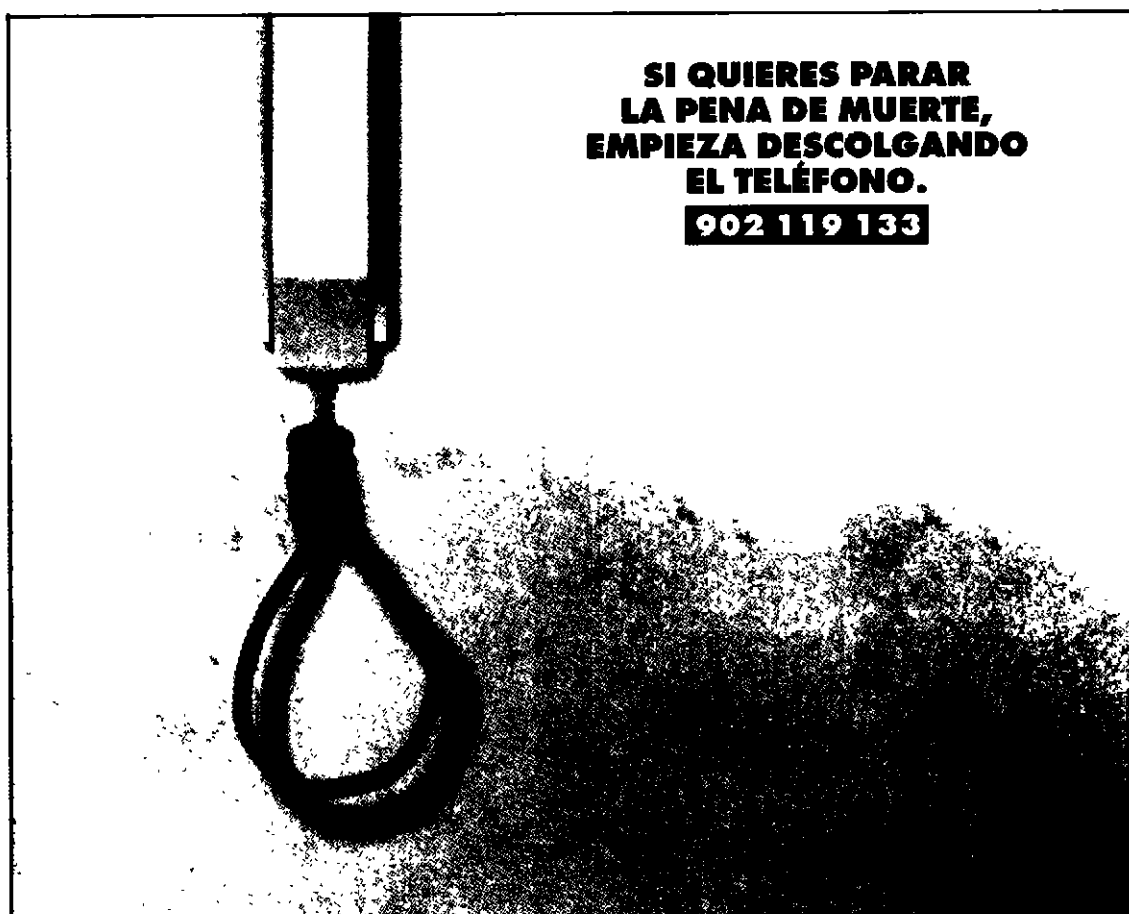
<sup>40</sup> Con la evocación de esta garantía de clausura y un llamado al necesario complemento entre democracia representativa y democracia directa, cerraba precisamente Ferrajoli *Derecho y Razón* (pág. 944) remitiendo, a tal efecto, a la definición recogida por el artículo 23 de la Constitución francesa del año I: "la garantía social consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el disfrute y la conservación de sus derechos".

complemento de la estrategia de los derechos, sino como la única alternativa realista para garantizar su efectividad<sup>41</sup>.

Una vez más, la articulación sinérgica entre una democracia exigente y un constitucionalismo de los más débiles en sentido amplio no puede, en las condiciones actuales, confiarse a un único actor privilegiado, libre de antemano de las patologías burocráticas o mercantilistas que infectan o acechan a otros poderes. No hay poderes institucionales "buenos", pero tampoco hay poderes sociales "inocentes". Por tanto, una estrategia compleja de protección de los derechos requiere que los límites y controles impuestos a la esfera estatal se extiendan también a la esfera no estatal. Es decir, que también los actores sociales vinculados a la reivindicación de los derechos fundamentales se sometan a exigencias de democracia plena, controles y publicidad, disipando los riesgos de alumbramiento de

nuevas formas de corporativismo o despotismo descentralizado.

En momentos en que la acumulación acelerada de poderes, públicos y privados, estatales y supraestatales, se ha convertido en amenaza real, las garantías pueden verse como auténticos frenos de emergencia de cuya efectividad dependen las posibilidades de reconstrucción de esferas sociales y políticas auténticamente democráticas. Desde ese punto de vista, para que las garantías ciudadanas operen como una verdadera metagarantía de cierre, su vínculo con las garantías políticas y jurisdiccionales no debería verse tanto (ni sólo) como una relación de supraordinación sino más bien como una relación circular de controles recíprocos y permanentes que actúen sobre una base común: la idea de que hoy, más que nunca, la lucha por los derechos no puede radicar sino en la construcción colectiva de los sujetos de los derechos<sup>42</sup>.




**SI QUIERES PARAR  
LA PENA DE MUERTE,  
EMPIEZA DESCOLGANDO  
EL TELÉFONO.  
902 119 133**

Si quieres hacer algo en contra de la PENA DE MUERTE,  
llámanos o envíanos este cupón.

Recibirás información:

nombre: \_\_\_\_\_

dirección: \_\_\_\_\_ C.P.: \_\_\_\_\_ población: \_\_\_\_\_

 **Amnistía  
Internacional**  
Sección Española  
C/ Fernando VI, 8-1º Izda  
28004 Madrid  
TEL.: 902 119 133  
amnistia.internacional@a-i.es  
www.a-i.es

<sup>41</sup> Vid., por ejemplo, P. Barcellona, *Democrazia: quale via di scampo?*, Edizioni La Meridiana, Molfetta, 1995; J.R. Capella, *Los ciudadanos siervos*, Trotta, Madrid, 1993; C. Castoriadis, "Socialismo y sociedad autónoma", en *La exigencia revolucionaria*, Acuarela, Madrid, 2000, págs. 21 y ss.

<sup>42</sup> Para un lúcido intento de articulación teórica y práctica de estas alternativas, Vid. Boaventura Sousa Santos, *Reinventar la democracia. Reinventar el estado*, Sequitur, Madrid, 1999; y *La globalización del derecho*, ILSA, Bogotá, 1998.

# Límites y rémoras en la obra de Castán Tobeñas

José Ignacio LACASTA-ZABALZA

Además, cuando la propia memoria olvida algo, como sucede cuando olvidamos una cosa e intentamos recordarla, ¿en dónde la buscamos sino en la memoria? Y si allí casualmente se nos presenta una cosa por otra, la rechazamos hasta que se presente la que buscamos. Cuando se presenta, decimos 'Es esto', cosa que no diríamos si no la reconociéramos. Y no la reconoceríamos si no la recordáramos. Es claro, por consiguiente, que la habíamos olvidado (San Agustín, *Las confesiones*).

## LA COERCION REVESTIDA DE RELIGIOSIDAD

Ha visto la luz no hace mucho el magnífico libro de Antonio Serrano González *Un día de la vida de José Castán Tobeñas* (Tirant, lo Blanch, Valencia, 2001). Esta obra es un verdadero acontecimiento científico para todo jurista, que ya ha encontrado un rápido eco en dos comentarios culturales nada hechos a vuelapluma; uno es el de Javier Pradera con demostración de saber lo que se trae jurídicamente entre manos, y el otro, muy certero y calibrado, es del iusfilósofo Andrés García Inda en *El Heraldo de Aragón* (no olvidemos que Castán era aragonés y su figura —por tantísimos motivos— pesa lo suyo en la historia contemporánea de esa región y particularmente entre sus gentes de leyes)<sup>1</sup>. No es un detalle banal, y dice más de lo que parece, que en la Facultad de Derecho de Zaragoza en la que tengo el honor de trabajar como profesor desde hace veintinueve años, hay un aula bien señera —con cuyo nombre jamás estuve de acuerdo— llamada, por acuerdo de la autoridad competente y después de aprobada la Constitución de 1978, *Sala Castán Tobeñas*.

Pero aquí se impone algo más que una recensión al uso ante algo que sobrepasa, creo, al propio libro aludido (aunque sin él no sería posible ya tal reflexión). Se trata ni más ni menos que de iniciar la acribia de los presupuestos metodológicos, ideológicos y culturales que están en las raíces de varias generaciones de juristas españoles. Y me quedo bastante corto, porque las consecuencias de la pedagogía derivada del proyecto de Castán tienen sus ecos, de fácil acreditación, en la mismísima actualidad doctrinal y práctica de las Facultades de Derecho. No me atrevo a prolongar tanto este efecto hasta el foro y sus agentes, porque mi conocimiento exterior del medio me impone una mayor prudencia.

Lo que hay que reconocer, más allá de un anti-franquismo que a algunos a veces nos obnubila pasionalmente (pero nos anima a seguir hurgando en la injustamente devaluada memoria), es que tenía que ser un joven como Antonio Serrano, más distante pero no más frío que los de mi generación que vivió con o contra la dictadura, es decir, un ser dotado con otras más afinadas sensaciones cognitivas, quien ha podido darle ese tinte objetivo, *de cine* (como lo expresa también Javier Pradera) y tan

contundente como un NO-DO de tiempos de Franco. Un NO-DO de 1955 como el que sirve de arranque al libro y tiene como protagonista a un juez; un "juez-estrella" dice un tanto malévolo Javier Pradera, que es el presidente del Tribunal Supremo Castán Tobeñas en su misión de asistir a la emblemática investidura de Francisco Franco como Decano Honorario del Colegio de Abogados de Madrid. En el acto, y sin necesidad de recurrir a Carl Schmitt para captar que su lema *Das Beste der Welt ist ein Befehl* ("lo mejor del mundo es una orden") se vivía en esa dictadura española con notoria intensidad, Francisco Franco, vestido de capitán general del Ejército, recibe la toga honoraria colocada encima del uniforme castrense con sus insignias del mando supremo armado que hace prevalecer definitivamente al único bastón por encima de los generales españoles, sobre el símbolo de cualquier otro bastón y sobre todo sable<sup>2</sup>. Lo que, aunque el asunto sea mucho más complejo, revela la razón que asistía al viejo Antonio Gramsci al adjudicar a las sociedades civiles poco formadas, primitivas, decía desde las prisiones de Mussolini el fino teórico italiano, un Estado que era más "la coerción revestida de hegemonía", de falaz hegemonía (aunque de esto habría mucho que hablar), que "la hegemonía revestida de coerción" propia de los Estados desarrollados con un alto grado de estructuración y técnica de sus sociedades industriales, donde la fuerza bruta cede ya el paso al funcionamiento del derecho y la cultura o el nudo poder a la justicia y la educación (como dice Gramsci otras veces ante los mismos hechos). Así nos hablaba Gramsci en castellano en 1971, desde la editorial barcelonesa Península, para quienes querían escucharlo y sacar sus moralejas españolas<sup>3</sup>:

En Oriente el Estado lo era todo, la sociedad civil era primordial y gelatinosa; en Occidente, entre el Estado y la sociedad civil había una justa relación y en el temblor del Estado se discernía en seguida una robusta estructura de la sociedad civil. El Estado no era más que una trinchera avanzada, detrás de la cual había una robusta cadena de fortalezas y de casamatas.

Si las casamatas sociales de Italia en los años treinta ya no eran las gelatinas esteparias rusas y las instituciones de Europa o las estructuras de los industriales americanos de Ford muchísimo menos,

<sup>1</sup> Javier Pradera, "Un Juez-Estrella del Franquismo", *El País* (18-4-2001). Andrés García Inda, "Genealogía de 'El Castán'", *Heraldo de Aragón* (15-3-2001).

<sup>2</sup> *Un día de la vida de José Castán Tobeñas*, págs. 15-31.

<sup>3</sup> Antonio Gramsci, *La política y el Estado moderno*, Península, Barcelona, 1971, pág. 136.

tampoco lo era España en 1971<sup>4</sup>. Pero, permítase la *boutade*: en plena etapa franquista de Castán, ¿España estaba en Oriente o en Occidente? Porque al genial Américo Castro en 1968, el espectáculo eclesiástico y nobiliario de la corte y cohorte de Franco, su paseo bajo palio del ritual nacionalcatólico, el brazo incorrupto de Santa Teresa, la presencia acusada de los ministros del *Opus Dei* alrededor del Jefe del Estado y, en fin, la religión única, verdadera y obligatoria para todos los españoles, le hacía decir que<sup>5</sup>:

El estar soldados la religión y el Estado es un fenómeno semítico (Israel, Marruecos, etc.) y no occidental.

Es un modo liberal —el de Castro— de contemplar las cosas, porque desde dentro del franquismo esa confesionalidad servía en 1953, a un hombre nada dormido como Javier Conde, para anunciar que “una configuración política trasciende hoy del Estado moderno, allende el Estado liberal y el Estado totalitario: el Estado español”. Y ello en virtud de su inscripción “en el horizonte cristiano” desde “la perspectiva española”, tan genuinamente española, al decir de sus inventores, que llevaba consigo el completo borrón y cuenta nueva de las recientes deudas de todo tipo selladas por ese régimen con Hitler y Mussolini<sup>6</sup>. Con todo, una meditación sobre tan inmenso asunto y cómo está la libertad religiosa en términos constitucionales, rebasa plenamente estas líneas y ya ha sido desmenuzada por un importante trabajo del profesor José María Martínez de Pisón<sup>7</sup>. Pero como esto atañe a nuestra historia, se deben seguir también —según hace Martínez de Pisón en cura de humildad— las huellas culturales de la continuidad realmente existente entre el catolicismo estatal de la Constitución de 1876, las más importantes leyes franquistas de la materia y el desarrollo del artículo 16 de la vigente Constitución española<sup>8</sup>.

Porque la Iglesia *partenaire* —y de derecho público— del Estado, en la clásica metáfora de Carl Schmitt que no deseaba para el catolicismo el

ámbito estricto de la fe (precisamente allí donde toda religión se dignifica), y estamos quizá ante una insuficiencia cultural del libro de Antonio Serrano y de, con las excepciones pertinentes, las lecturas de la juventud a la que pertenece (más internacionales y multilaterales, pero posiblemente menos atentas a la raíz teológica y religiosa de lo específicamente español), es, precisamente, uno de los elementos que más explican las líneas motrices de ese especial laboreo jurídico ideado por Castán Tobeñas<sup>9</sup>. En la decisiva clave de una determinada —en el sentido de Julio Caro Baroja— *religiosidad* que tiene al fondo un modelo español y está desplegada para el programa de los letrados españoles<sup>10</sup>. No es una concepción teológica de Castán (o no solamente) ni una cuestión de fe, que pertenece por propia definición a lo más íntimo y respetable del ser humano; ni tampoco se debe hurgar en la praxis litúrgica de cada cual, aunque parezca algo típico —y de mal gusto— de cierto tradicionalismo militante católico español”. Cuando hay otras funciones del mismo catolicismo español que, entre otros sitios, algunos tuvimos ocasión de conocer como rasos soldados a la fuerza del Ejército franquista y que nada tienen que ver con religión humana alguna; sino con la dura mecánica de la sumisión sin chistar y el papel querido por los

<sup>4</sup> Ideal de ese catolicismo español que no era, para un muy agudo Azorín en 1904, sino “una exaltación y una apología de la fuerza” al par que “una ética profundamente anticristiana”. José Ignacio Lacasta-Zabalza, prólogo de *Constitución y libertad religiosa en España*, pág. 13. Y que para mí, a la vez, tiene que ver con una interpretación barroca del casuismo teológico de los confesores jesuitas de la contrarreforma (Escobar sería el más conocido), para quienes los pecados de la “autoridad” no eran tales o eran distintos de los de la plebe en aras de un funcionamiento correctamente jerarquizado de la propia sociedad. Teología de confesionario que mide las intenciones del pecador y su rango, que ha llegado en sectores de las clases dirigentes españolas hasta el siglo XX y hasta el siguiente.

<sup>5</sup> Carl Schmitt, *Catolicismo y forma política*, edición de Carlos Ruiz Miguel, Tecnos, Madrid, 2000. Trabajo de Schmitt ahora en castellano, que bien puede ser considerado una de las brújulas de esa especial religiosidad, aquí criticada, de los cuadros católicos españoles. Y no es precisamente una reflexión aislada de Carl Schmitt, como puede verse en el prólogo de *Constitución y libertad religiosa en España*, pág. 15. Con esas premisas éticas, Carl Schmitt, hombre de indudable talento muy vinculado a España y con más seguidores de los que hoy se quiere reconocer, no tuvo ningún obstáculo en pasar de sus ataques al parlamentarismo y consejería del Estado de Hitler a adoptar, al término del conflicto bélico mundial, las tesis de “una rehabilitación en toda regla del método jurídico” y llegar a proponer la idea —rememora Eduardo García de Enterría— “realmente excesiva hasta para los juristas más entusiastas, de que la última fuente del Derecho es la ciencia jurídica —la ciencia que él intentó destruir antes en el Derecho Público para oponerla al mando desnudo”. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 24-25.

<sup>6</sup> No es sino una colección de impudencias, con perdón, exhibir que en casa de los padres de Castán Tobeñas había una capilla dedicada a San José, las visitas de este jurista a la Basílica del Pilar de Zaragoza, sus regulares Estaciones del Jueves Santo madrileño o su asistencia a las misas correspondientes. Cosa que relata Gabriel García Cantero. En cambio, sí tienen su interés no religioso sino dentro de esta determinada “religiosidad” que aquí se estudia: “sus relaciones cordiales —de Castán— con el Beato Josemaría Escrivá de Balaguer, aceptando la presidencia de la Asociación de Amigos de la Universidad de Navarra”. Gabriel García Cantero, *El maestro Castán*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 25. Con toda probabilidad y mejor que yo, mis colegas catedráticos de Derecho Civil y Derecho Procesal sabrán sociológicamente si ese talante de Castán hacia el *Opus Dei*, esa —en su sociológico sentido exacto— “religiosidad”, ha carecido o no de consecuencias para el escalafón universitario y la judicatura.

<sup>4</sup> Como lo estudia muy perspicaz el historiador Julián Casanova al comparar el Estado republicano y el desarrollado por el franquismo desde los años cincuenta: “Tampoco el Estado era el mismo. Sus funciones aumentaron y se diversificaron. Creció la policía y el ejército, mecanismos de coerción imprescindibles para mantener el orden conquistado por las armas en la guerra civil, pero también aumentaron los funcionarios y los servicios públicos. No era, por supuesto, un Estado ‘del bienestar’, como el que existía en esos momentos en las democracias de Europa occidental. Dejó, sin embargo, una impronta en vida diaria de la población más duradera y profunda que en etapas anteriores de la vida de España”. Julián Casanova, *De la calle al frente*, Grijalbo, Barcelona, 1997, pág. 243.

<sup>5</sup> Américo Castro, *El Epistolario (1968-1972)*, Pre-Textos, Valencia, 1997, págs. 58-61.

<sup>6</sup> Javier Conde, *Teoría y Sistema de las Formas políticas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953, págs. 180-181.

<sup>7</sup> José María Martínez de Pisón, *Constitución y libertad religiosa en España*, prólogo de Jt. Lacasta-Zabalza, Dykinson, Madrid, 2000.

<sup>8</sup> Lo que nos transmite cotidianamente una palpable discriminación hacia otras religiones no católicas, indebidos privilegios universitarios y financieros del Estado —en esto nada laico— con respecto a instituciones de la Iglesia católica o inconvenientes noticias tales como que Resurrección Galera Navarro, profesora de religión de un colegio público que, además, lleva el nombre del mártir laico de la Escuela Moderna “Ferrer Guardia”, ha sido despedida por el Obispado de Almería al “haberse casado por lo civil con un divorciado”. *El País* (17-5-2001).

demás poderes estatales para “la Iglesia como sostenedora del orden social”<sup>12</sup>.

La religiosidad es, pues, en la precisa definición de Julio Caro Baroja: “la facultad de practicar una religión, dentro de las limitaciones individuales y sociales que le son impuestas a todo hombre al nacer”<sup>13</sup>. Lo que para Castán no fue nada inocuo y tiñó zonas jurídicas completas de su mente y producción, desde sus primeras resistencias a la más tenue libertad de las mujeres incluso en la forma de vestir, a su peculiar concepción del Derecho Natural anticonstitucional (y no en sentido figurado, pues este autor fue magistrado del Tribunal Supremo bajo la Constitución de 1931), hasta su delicuescente misión de la “equidad” en la interpretación del derecho, pasando por la programada demolición de la ausencia de distinción entre hijos legítimos e ilegítimos (diferencia que la República, más humana, había abolido). Esa religiosidad se proyecta hacia los manuales de Derecho civil, la función del juez más allá de la ley, la citada equidad y la crisis del derecho, etc. Y es memorizada por miles de personas que, década tras década, aspiraron a obtener un puesto en la Administración pública española y en su Universidad.

Al fondo radica la firme creencia jactanciosa, de Carl Schmitt y de Castán (y de tantos otros profesores católicos de ese cuño), en la permanencia y adecuación de la Iglesia católica ante cualquier situación. Para mí que esto se asemeja al viejo orgullo de la curia romana, el peor de los pecados del papado (Babilonia) en la mente del siempre conmovedor Lutero. Pero para Schmitt y Castán era, sin duda, la adaptación de la institución a toda suerte de circunstancias, la triunfante *complexio oppositorum* (capaz de albergar en su seno la tiranía y la libertad, el racionalismo y el irracionalismo, la predestinación y el libre albedrío o lo que falta hiciere a tono con los tiempos); una Iglesia que no se preocupa de síntesis enojosas entre antítesis que le son ajenas y propias de otros poderes más humanos, más débiles. Como el Estado de Derecho de Weimar para Carl Schmitt, como la Segunda República española para Castán: ¿qué son esas frágiles instituciones, sus Constituciones mudables por comparación con una empresa milenaria, cuyos católicos sacerdotes realizan su oficio, con o sin carisma e independientemente de si son o no buenos o malos en su nada decisiva vida personal para la sacra función que desempeñan impertérritos y al correr de los siglos? Si ocurre que esa Iglesia/Dios de los Castán/Schmitt no es un poder *espacial* (como el político ni material como el económico), pero tampoco es exactamente temporal, pues viene a estar

—a considerarse más bien— en este soliloquio de su *perennidad* por encima del propio *tiempo* y a confundirse así con el más tiránico Dios de Abraham, para el que el sacrificio del hijo/Hijo no es ideal de redención del ser humano ni alivio de sus sufrimientos, sino carga simbólica de ciega obediencia hasta el disparate y el crimen<sup>14</sup>. La falta de modestia que encierra la concepción de Schmitt, y la menos culturalmente dotada simbiosis Iglesia-Estado de Castán, puede resumirse en la propuesta de ambos de una *teología política* (más jurídica en el caso de Castán) que ve al catolicismo como algo “superior” a cualquier sistema político habido y por haber, pues, en palabras de Schmitt: “Ningún sistema político puede perdurar una sola generación valiéndose simplemente de la técnica del mantenimiento del poder”<sup>15</sup>. Todos los sistemas en este devenir schmittiano tienen que recurrir, si quieren vivir, a su teología y ésta siempre resulta notoriamente inferior a la desplegada por el catolicismo eclesial para todas las generaciones venidas y venideras.

Y cuando un Estado es tan vulnerable como el republicano español de 1931, ese núcleo duro de verdad eclesial pretende explicarlo todo en esta vida; que se pueda ser, como el filósofo del derecho Luis Legaz Lacambra, kelseniano en los años treinta y promotor del Estado nacional-individualista en los cuarenta y cincuenta; republicano de filas en el régimen de Azaña, apologista de José Antonio Primo de Rivera tras la guerra y político de altísimo cargo en los ministerios de Francisco Franco<sup>16</sup>. Posición incoherente e inarmónica, pero concorde con la praxis de su particular catolicidad que es como la de Carl Schmitt y Castán. Así que no hay ahí ninguna “armonía de fondo” como quiere Antonio Hernández Gil al afirmar que: “En la posición de *Luis Legaz Lacambra* respecto del derecho natural se observa una evolución que va desde el distanciamiento inicial hasta su entrega completa en su etapa de madurez”. Desde que Legaz en 1933 “acepta el método de la teoría pura de Kelsen” —escribe Hernández Gil— hasta que en su manual de 1972 se perfila un “derecho natural flexible”<sup>17</sup>. Hay otras

<sup>12</sup> No voy a descubrir aquí el enorme talento de San Agustín (hoy puesto al día fenomenalmente por Paul Ricoeur), que, empero, va indisolublemente unido a ideas inadmisibles por coercitivas y fanáticas (como la predestinación), pero el santo cartaginés nunca hubiera admitido que la mera sucesión de seres humanos que es la Iglesia de Schmitt —y que además no tienen que ser virtuosos— controlase nada menos que todo el transcurso temporal de nuestro mundo. Solamente Dios y su Hijo poseen tales atributos: “Tus años son un día. Y tu día no es cada día, sino un hoy, porque tu hoy no deja paso al mañana, ni viene después del ayer. Tu hoy es la eternidad; por eso engendraste eterno como tú a aquel a quien dijiste: *Hoy te he engendrado*. Tú hiciste todos los tiempos y existes antes de todos ellos. No hubo un tiempo en el que no había tiempo”. San Agustín, *Las confesiones*, edición de Olegario García de la Fuente, Akal, Madrid, 1986, pág. 297.

<sup>13</sup> *Catolicismo y forma política*, pág. 21.

<sup>14</sup> Sobre Luis Legaz Lacambra y la ocasionalidad moral, el artículo de José Ignacio Lacasta-Zabalza, “Ortega y Gasset y la memoria antifranquista”, *Sistema* 147 (1998), págs. 61-78.

<sup>15</sup> Antonio Hernández Gil, *Obras Completas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1987, tomo I, págs. 136-139. Y, además, aunque es cierto el origen común primigenio de Luis Recaséns Siches y Legaz Lacambra en la obra de Hans Kelsen, resulta muy desafortunado comparar la evolución del primero con la del segundo cuando les separa un abismo: los derechos fundamentales y la legitimidad democrática siempre defendidos por Recaséns (que también era católico pero de muy otra manera).

<sup>16</sup> Un catolicismo —llamémosle así y así lo hace Jiménez Lozano— ateo, no muy lejos de los prostibulos (siempre aceptados en esa ética) estaba muy presente en las instituciones militares del franquismo, pero se hallaba extendido socialmente entre no pocas personas sin uniforme que no creían en nada sino en la disciplina de los demás y estaban dispuestos a cualquier cosa “si un día el Estado se declara laico, si se quita el crucifijo de los lugares oficiales y públicos” o si se toca de algún modo racional la enseñanza religiosa. José Jiménez Lozano, *Los cementerios civiles y la heterodoxia española*, Taurus, Madrid, 1978, pág. 20.

<sup>17</sup> Julio Caro Baroja, *Las formas complejas de la vida religiosa I*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1995, pág. 21.

amplias etapas intermedias nacionalsindicalistas de Legaz, de las que Hernández Gil no habla; y se puede agregar que su manual de 1972 recoge las loas a la excepcionalidad anticonstitucional de Carl Schmitt, los "actos políticos" de Aurelio Guaita que tienen como fin escapar al control jurisdiccional con sus gruesas dosis de inmunidad del poder y un cántico a la joseantoniana "unidad de destino en lo universal" y a Ramiro Ledesma Ramos por su anti-democrática forma de ver la Nación española única y el Estado no menos único<sup>18</sup>.

Y no hay que rasgarse las vestiduras, porque esa misma actitud moral es la que le lleva a José Castán Tobeñas del Tribunal Supremo de la Segunda República a ocupar su Presidencia en la era de Franco, tras el documentado episodio de la delación de sus antiguos compañeros magistrados republicanos ("izquierdistas" dice el expediente de depuración)<sup>19</sup>. Motivación general del proceder de Castán que, quizá tanto *naïf*, pero nada incierto, expone en su laudatorio estudio Gabriel García Cantero al intentar legitimar al civilista aragonés: "lo que permite calificarle de un auténtico *Caballero cristiano*, en el sentido tradicional y fuerte del término, en su vida y en su pensamiento, que no vacila en exteriorizarse en momentos decisivos y que trasciende a su actividad científica". Y, efectivamente, trasciende esa religiosidad hacia otros territorios ideológicos y jurídicos, si bien es más que exagerado sostener como García Cantero que "respetando, no obstante, otras opiniones del entorno que le rodea"<sup>20</sup>.

No es un pasaje accesorio, y esto a Antonio Serrano no se le ha escapado, que la exculpación que Castán busca —y encuentra— como magistrado republicano ante los tribunales militares franquistas y los expedientes de depuración, recurra a la "orientación espiritualista" de sus libros sobre *La crisis del matrimonio* o de sus ediciones de *Derecho civil español* mucho más que a sus propias convicciones políticas (como el pálido suceso de su pertenencia estudiantil a la Juventud Conservadora de Zaragoza, también alegada como dato exculpatorio)<sup>21</sup>.

Este proyecto de religiosidad no es una visión ética únicamente ni solamente una técnica de control social (aunque también lo es y de las duras). Tan indefinible como la eclesial *complexio oppositorum* no necesita justificaciones porque su simple existencia, tan vanidosa de sí, ya lo hace. Cuando Alemania e Italia han perdido la guerra, Franco cambia los retratos de Hitler y Mussolini —lo cuentan Paul Preston y otros— por el del Pontífice del Vaticano. Y en 1950, José Castán Tobeñas todavía conserva hasta algún resabio antisemita de los que en el

bando intelectual franquista tanto se llevaban de la mano tópica de esa *Europa* escrita por el conde Hermann Keyserling<sup>22</sup>. Pero con las nuevas variaciones mundiales y la derrota nazi, Castán declara ahora que "la doctrina del Estado totalitario no ha tenido éxito alguno en el pensamiento español" y el "punto de vista católico ha salvado los valores de la persona"<sup>23</sup>. Los "valores de la persona" que en España estaban entonces por los suelos, cuando los ajusticiados por el franquismo —y ya no en la guerra— se contaban tan por decenas de miles como los inquilinos políticos de sus cárceles y campos de trabajos forzados. El gran penalista José Antón Oneca sufrió el presidio esos años; en tanto que los nada extremistas magistrados republicanos del Tribunal Supremo Elola, Berenguer y González de la Calle habían permanecido en España en la ingenua creencia de no recibir represalias franquistas y sus fusilamientos fueron decretados inmisericordes por los correspondientes consejos de guerra. En cuanto a los desmanes de 1936 del bando revolucionario, como el repugnante exterminio del magistrado Jesús Arias de Velasco y sus dos hijos por una partida de milicianos al margen de la ley, no explican a más diez años después de la guerra, a la altura de 1950, absolutamente nada<sup>24</sup>. Ni desde luego dan cuenta de la indigna presencia en el exilio del procesalista Niceto Alcalá-Zamora Castillo y del penalista Luis Jiménez de Asúa, que no se puede comprender tampoco a través de unos elementales criterios de mejora de la entonces depauperada Universidad española ni desde una prudente ética del mutuo perdón civilizado.

José Castán Tobeñas también es resultado de un cierto estilo de conducta (que incluye la deslealtad a la Constitución de 1931) y el libro de Serrano no lo tapa ni lo anuncia a bombo y platillo; lo relata minucioso como un ejercicio de filmografía muy bien pensado. Pese a que la pregunta jurídica que aquí permanece —y decide casi todo en este examen— resulta ser otra muy otra: desde esa reiterada religiosidad, ¿qué vienen a valer entonces los derechos humanos o fundamentales en un ideario tan prolongado en todos los sentidos como el de José Castán Tobeñas? Digámoslo: con todas sus más que repetidas apelaciones a la *persona*, los derechos humanos o fundamentales pintan, con suavidad y sin prolijas diferenciaciones entre los conceptos, bastante poco (cuando no sobran) en esta obra comentada. Y esto está unido a un problema que Antonio Serrano percibe con total lucidez, que es el de la *constitucionalización* de esos derechos. No estamos ante un mero legalismo receptor de los mismos, sino ante toda una Constitución, la de 1931, que suprime la religión oficial y establece la igualdad jurídica entre los sexos (arts. 2, 25, 26 y 43). Con las consecuencias pertinentes hasta en el orden criminal (como puede

<sup>18</sup> Luis Legaz Lacambra, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1972. Sobre los "actos políticos" y su oposición al Estado de derecho democrático que cree algo "formal", pág. 680. Su apología de la patria de Primo de Rivera y de Ramiro Ledesma Ramos y su "dimensión nacional del hombre", págs. 800-803. En cuanto a Carl Schmitt es constante su cita y casi siempre su encomio por su defensa del Estado incluso contra la Constitución.

<sup>19</sup> "Los más destacados izquierdistas eran los magistrados de procedencia política (Diputados a Cortes, etc.). Puede citar el caso del Sr. Balbontín..." (de la declaración jurada de Castán), *Un día de la vida de José Castán Tobeñas*, pág. 251.

<sup>20</sup> Gabriel García Cantero, *El maestro Castán*, pág. 24

<sup>21</sup> *Un día de la vida...*, pág. 250.

<sup>22</sup> Castán distingue entre el "cosmopolitismo" español que "es de un carácter positivo y constructor, no destructor como el de otros pueblos" y como el de "las características especiales del internacionalismo judaico". José Castán Tobeñas, *El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español*, Reus, Madrid, 1950, pág. 106.

<sup>23</sup> *Ibidem*, págs. 25-32, 57-62, y, en particular, pág. 83, pág. 99 y págs. 110-111.

<sup>24</sup> Niceto Alcalá-Zamora Castillo, *Política y Proceso*, Cívitas, Madrid, 1978, págs. 121-123.

verse en la interesante Exposición de Motivos del Código Penal republicano que, no hay que pedir la perfección a trabajo tan completo, no es comentada en el libro de Serrano). A Castán no le gusta el panorama, ve allí el soporte para la disolución de la familia y el matrimonio (los de esa forma eclesial-estatal tan ultramontana y tan suya) y, desde el Tribunal Supremo e intervenciones varias de carácter doctrinal, "habilísimo" opina Serrano, sorteando la que hubiera sido la —valga la necesaria expresión— kelsenización del sistema jurídico español y su, sin ambages, democratización. Sorteo efectuado no sin una actividad complementaria del magistrado aragonés, bastante sugerente por cierto, en el campo del Derecho del Trabajo y su aplicación<sup>25</sup>.

Esos derechos humanos caen con estrépito, que siempre es un mal ruido, en todas sus ediciones del *Derecho civil* posteriores al triunfo del Movimiento Nacional<sup>26</sup>. Cuando Castán, con esa retórica de circunvalación aparente de los asuntos que nos es todavía tan familiar a quienes tuvimos que estudiarle, nos comunica textualmente:

No deja de ser grave el problema de si el Derecho ha de desentenderse por completo de las uniones libres y de sus consecuencias en el orden de filiación o debe reconocerse a dichas uniones y al parentesco ilegítimo determinados efectos jurídicos

Claro que si desde el principio tal parentesco es "ilegítimo" ya no hay gran cosa de la que hablar. Y, efectivamente, a continuación viene en el mismo manual la crítica a "la legislación de la República, que en su afán democrático e individualista amenazaba con pulverizar y anular la familia" con su divorcio "por mutuo disenso" o borrando "toda constancia en el registro civil de la condición de hijo legítimo e ilegítimo". Viene también la exaltación del "régimen confesional del matrimonio", el "régimen de indisolubilidad" y hasta el "restablecimiento del delito de adulterio". Todo debido a una causa antes delimitada en estas reflexiones como el origen moral de casi todo lo jurídico, y precisada por el propio Castán: "la fortísima tradición religiosa española". Tradición de una parte social que no respetó nada al resto y hasta quitó a la mujer casada toda autonomía jurídica para decidir por sí misma.

## LOS METODOS IUSNATURALISTAS DE INTERPRETACION: LA TECNICA DE GENY NO SE ALARGO EN ESPAÑA

Según lo destaca inteligentemente Antonio Serrano, estamos ante un hombre que es el "productor de manuales, casos prácticos y proyectos de pedagogía jurídica seguramente más influyentes de nuestro siglo" (XX y español, se entiende)<sup>27</sup>. Si se recuerda que tal acción empieza antes de la Segunda República, pasa por Facultades de Derecho y Tribunales y puede llegar hasta nuestros días, sobra destacar la amplitud —en cuanto a las medidas físicas— de lo emprendido. Pues Castán, antes de ser catedrático, decidió ya montar una Academia de Estudios Jurídicos y Profesionales para la preparación de las oposiciones a notarías y registros. Alcanzando momentos de auténtica consagración en esos papeles, como lo simbolizan los éxitos de los famosos casos prácticos de Derecho civil editados en 1935 con la colaboración del juez Manuel Fernández Gordillo.

Aunque ahora se impone una breve cautela ante lo que voy a sostener. No juzgo a los civilistas —ni soy quién— y se perfectamente que los ha habido y los hay de alta calidad; pues mi propia Facultad de Derecho de Zaragoza así lo demuestra<sup>28</sup>. Pero, y en esto tiene que ver mucho la tarea de Castán, el peso de las materias de Derecho civil —y de los civilistas— en todos los Planes de Estudio elaborados después de la guerra de 1936 y en las Facultades de Derecho del presente ha sido desorbitado. Y ha potenciado, dice Capella, ese "gran poder de los civilistas, muy superior al de los mercantilistas", con serios costes en el estudio de las relaciones económicas más importantes para la propia iusprivatística; amén de ir en detrimento de una mejor formación iuspublicista y de otras asignaturas incomprensiblemente relegadas o recortadas en una época en la que al poder político se le va la fuerza por la boca al comprobar las profundidades de las lagunas estudiantiles en materia de "humanidades". Y ya pido disculpas por llevar el agua a mi molino (el de la Filosofía del Derecho), pero también le toca a la Historia y a no pocas asignaturas como un más que necesario Derecho Comparado<sup>29</sup>.

Por los civilistas, con Castán Tobeñas a la cabeza, también ocuparon lugares que no les correspondían, lo que puede comprobarse en la muy importante asignatura de Derecho Procesal. De la que, después de la guerra civil, solamente quedaron vivos, en España y sin ser separados de su puesto —aunque alguno tuvo sus problemas— tres de los doce catedráticos que había en la Segunda República (los de Valladolid, Zaragoza y Oviedo). Lo cual es una barbaridad, pero permitió que José Castán Tobeñas también fuera presidente del Instituto Español de Derecho Procesal. Quien no era —dice

<sup>25</sup> *Un día de la vida...*, págs. 190-215. La "renuencia" de Castán, que así le llama Antonio Serrano, a engarzar los principios constitucionales de 1931 con las instituciones civiles y los derechos de la mujer, tiene lugar en un régimen que también funcionaba constitucionalmente. Con todas las zancadillas que se quieran, y no siempre de derecha, pero aquella maquinaria kelseniana también tenía sus buenos momentos. Por su importancia, hay que recoger lo que Emilio Gómez Orbaneja, magistrado del Tribunal de Garantías republicano, dice en 1982 sobre los recursos de amparo: "Pero bastarán los publicados para ver que el tribunal amparó a los ofendidos por el Poder sin distinción de campos. Desde que el Tribunal comenzó su actuación hasta el comienzo de 1936, los expuestos a sufrir las arbitrariedades y excesos del poder gubernativo eran unos; después, eran los otros. Quizás influyeron en este resultado algunas personalidades ejemplares que en el Tribunal estaban, y a los cuales, al cabo de tantos años, evoco yo conmovido. No sé. Creo que el mérito, en mayor o menor medida, fue de casi todos". Emilio Gómez Orbaneja, prólogo del excelente libro de Rosa Ruiz Lapeña, *El Tribunal de Garantías de la II República Española*, Bosch, Barcelona, 1982, pág. XIV.

<sup>26</sup> José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Reus, Madrid, 1954, séptima edición, tomo V, vol. 1, págs. 19-20, 35 y 40-44.

<sup>27</sup> *Un día de la vida...*, págs. 91-92.

<sup>28</sup> Me refiero principalmente a Jesús Delgado Echeverría y a José Luis Moreu, formados en la sólida metodología jurídica de José Luis Lacruz Berdejo (que no es ciertamente, y así se verifica en el libro de Serrano, la de Castán).

<sup>29</sup> Juan Ramón Capella, *El aprendizaje del aprendizaje*, Trotta, Madrid, 1995, págs. 91-95.

Serrano— sino “un civilista metido a jefe de los procesalistas en España”<sup>30</sup>. Y entre los nuevos procesalistas hubo de todo, por decirlo con cierta generosidad. Pero se dio una pérdida considerable de metodología jurídica avanzada e ideología liberal del proceso, al estar en el exilio Niceto Alcalá-Zamora y Castillo; y al sufrir expediente de depuración Emilio Gómez Orbaneja, que también fue magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República. Materia, el Derecho Procesal, en la que una vez abandonado el modelo de la milicia del inviable juez-soldado de cuño falangista, también se proyectó esa religiosidad de Castán en forma de puesto del escalafón de catedráticos universitarios y expresión de ideas nada liberales en la docencia universitaria.

Por una nada exótica ley de las compensaciones de todo esfuerzo humano, esa estrategia de Castán actúa negativamente sobre su propia formación científica. Castán no lee bien, y no porque interpreta mal, sino sencillamente porque no dedica a la lectura la atención que requiere. Su sistema de empacar a un autor complejo en una ficha de sus citas y luego transcribirlas al texto, manual o conferencia, produce auténticos esperpentos como el de sus reiteraciones y falta de comprensión del contexto humanista del siglo XVI de Huarte San Juan, cuyas ristas de ideas mal copiadas por Castán son criticadas por Serrano (aunque es un procedimiento bastante general de la obra de Castán)<sup>31</sup>. Porque Huarte San Juan puede verse emparejado con San Isidoro, Kelsen o François Gény según venga a pelo o contrapelo de lo que Castán expone. François Gény, que sufre en las ediciones del libro del magistrado aragonés (sufrir, creo, es el verbo adecuado) una manipulación que cambia el texto de lo dicho por el francés (según un antes y un después del Movimiento Nacional español). Gény desaparece en “el Castán” de 1941 para no volver. Un autor que en España no tuvo demasiada fortuna, lo que ha sido estudiado por Bartolomé Clavero y recogido ahora por la monografía de Serrano<sup>32</sup>. Su compleja teoría de las fuentes del derecho, su visión de los conceptos fundamentales como *técnica* al servicio de la eficacia jurídica, dejan demasiado al descubierto al jurista descuidado o perezoso. Si hay un enemigo de la rutina ése es Gény que, aún y todo, también ha sido a veces —son excepciones— bien comprendido de los Pirineos hacia abajo (aunque en este supuesto no muy abajo)<sup>33</sup>.

Pero hay algo más que es la incompatibilidad de Gény con el Derecho Natural de Castán y la iusfilo-

sofía católica dominante en la Universidad española después de la guerra. De nuevo estamos ante las imponentes derivaciones jurídicas de esa religiosidad española. Antonio Hernández Gil caracteriza a François Gény por su “irreductible derecho natural” (idea que es de Ripert como lo puntualiza el mismo Gény) entendido como “el esfuerzo por captar la justicia como idea y vivencia”<sup>34</sup>. Lo cual es decir bien poco, cuando lo que concibe el católico François Gény en 1933 es un derecho natural “puramente *laico*” (el subrayado es mío) de “carácter universal, que lo hace aceptable para todos los hombres”, su denominador común es la naturaleza y se percibe por “medios aceptables por todos: la conciencia, la razón”. El católico Gény sabe las objeciones del otro catolicismo y les planta elegante cara; si se le dice que todo eso conduce “a reconocer un derecho natural de contenido variable”, Gény replica —y aquí se abre una sima teológica para la religiosidad jurídica franquista— que una cosa es “el fuero externo” donde, efectivamente, se “puede restablecer un fondo común para todos de reglas aplicables”, y otra (la que le daba pánico a la Iglesia de poder externo teorizada por Carl Schmitt y a los juristas nacionalcatólicos españoles) es la de la *fe*. La del “dominio de la conciencia individual” inexpugnable para quienes impropriadamente “sobrepasasen esta medida”<sup>35</sup>.

La compatibilidad del catolicismo ultramontano con esas proposiciones era también imposible para el mismo Gény, quien en ese mismo trabajo de 1933 sobre la necesaria laicidad de los valores jurídicos donde podemos reconocernos creyentes y no creyentes, lanza un reproche medido que, desde luego, va a tocar de lleno a las ideas de la filosofía jurídica franquista, y tiene como objetivo criticar a cierto neotomismo iusfilosófico italiano al “confirmar las soluciones de derecho natural por soluciones tomadas de prestado a los principios dogmáticos del catolicismo”. Esas ideas no son para Gény su derecho natural “estrictamente laico y, como tal, independiente de la revelación y los dogmas religiosos”. Quien demuestra que el *quid* no está en ser o en ser iusnaturalista, como quiere Hernández Gil, sino en que la verdad iusnaturalista de Castán y sus seguidores nunca respetó a quienes pensaban diferente.

Claro que, para entender la propuesta de Gény, hay que saber que se formula desde las tierras galas del modernismo<sup>36</sup>. Y los juristas españoles que, como Emilio Gómez Orbaneja, Angel Ossorio y Gallardo, Luis Recaséns Siches, o como quienes colaboraban en la revista *Cruz y Raya*, siguieron esos similares derroteros, preciosos derroteros por su

<sup>30</sup> *Un día de la vida...*, pág. 35.

<sup>31</sup> Aspecto nada nimio y captado en todo su fondo por la reseña periodística ya mencionada de Javier Pradera.

<sup>32</sup> *Un día de la vida...*, págs. 237-242. Acerca de la figura e ideas actuales sobre el pluralismo jurídico de François Gény, el completo discurso de Paolo Grossi, “Absolutismo jurídico y Derecho privado en el siglo XX”, separata del Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 32 páginas.

<sup>33</sup> Un riguroso ejercicio de aplicación de *Science et technique en Droit privé positif* de Gény lo efectúa José Luis Lacruz Berdejo a propósito de, entre otros institutos, la “prenda sin desplazamiento”. José Luis Lacruz Berdejo, *Estudios de Derecho privado común y foral*, Herederos de José Luis Lacruz, Zaragoza, 1992, tomo I, págs. 491-524. Donde Lacruz matiza con precisión las diferencias entre “forma” y “formalidad”.

<sup>34</sup> *Obras Completas*, pág. 127.

<sup>35</sup> François Gény, “La laïcité du droit naturel”, *Archives du Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 3-4 (1933), págs. 7-27.

<sup>36</sup> Salomón Reinach, *Orfeo (Historia general de las religiones)*, introducción de José M. Gómez-Tabanera, Istmo, Madrid, 1985, págs. 553-558, en polémica de Reinach con el abate modernista Loisy. Como dato que corrobora lo que aquí se dice, este clásico libro de Reinach publicado en castellano en 1910 fue secuestrado de la Biblioteca del Ateneo madrileño, por orden de la autoridad, en 1940, según lo cuenta en su introducción Gómez-Tabanera, págs. 5-15. No volvería a editarse hasta 1985: todo un síntoma.

altura intelectual y moral, fueron reprimidos sin compasión por los otros católicos, depurados por los ganadores franquistas o tuvieron que exiliarse.

Poca cultura, enteca historiografía, débil metodología, asoman sus inconvenientes rasgos en el legado de Castán Tobeñas. Pero todavía hay que avistar otros lejanos mojonos de esa vasta operación que tiene como símbolo a tan destacado jurista. Antonio Serrano lo hace con precisión y cálculo al recordar que Antonio Hernández Gil, en 1989, pedía a los doctorandos del inmenso plantel del civilismo español nada menos que tesis sobre las sentencias de Castán<sup>37</sup>. Decisiones judiciales que reunían, a juicio de Hernández Gil, propuestas de aplicación del derecho y cuestiones "de formación profesional de los jueces y magistrados y, en general, de los juristas". En los términos bien aprendidos de Max Weber, Antonio Serrano delimita el *proceso* que nos ha de ocupar más adelante para su mayor conocimiento, desde la hipótesis nada banal de un posible transvase de contenidos de los manuales de Castán a las decisiones judiciales:

¿Ha podido —y en su caso hasta qué punto— "el Castán" funcionar como un dispositivo de homogeneización de contenidos del Derecho civil estudiado en las Facultades, recitado en los tribunales de oposiciones y aplicado por los tribunales?

Yo creo que sí (otra cosa son sus cantidades y calidades), por lo que —no aquí— habrá que dar en el futuro respuestas reflexivas e investigaciones previas a tan perspicaz pregunta. Que puede verse de otro modo: en realidad, ¿cuál es el concepto del derecho que han utilizado y utilizan los civilistas españoles?<sup>38</sup> O lo que es parecido: ¿cómo casar el Derecho Natural de Castán, y de otros muchos iusnaturalismos similares, confesos e inconfesos, de ayer y de hoy, con una debida realización constitucional de los derechos fundamentales? Porque presentar, como suele hacerse, al *legado Castán* en tanto que una excelsa muestra de *antiformalismo*, no es sino hablar de imprecisiones, maquillajes e inexistencias<sup>39</sup>. Nada tiene que ver ese proceder español con los llamados demasiado contundentemente "antiformalismos" del pensamiento jurídico europeo del siglo XX<sup>40</sup>. Y, por supuesto, bastante

menos puede relacionarse a Castán con el tipo de jurista inquieto que pugna por salir de los atolladeros, las *aporías*, como el intérprete lleno de curiosidad y asombro que se interpone, escribe Jesús Ignacio Martínez García: "entre el trato igual y la producción de las diferencias"<sup>41</sup>. Para cavilar así hay que admitir el principio de igualdad (y, como muestra concretamente adecuada, el de la libertad de las mujeres que le precede) o, una vez más, la *constitucionalización* de tales derechos que está en la matriz de esas *aporías* y, además, poseer un grado hermeneútico de cultivo en esos menesteres que en este caso del civilista aragonés no se contempla por ninguna parte.

Ya en los años sesenta, Castán era tan *aformalista* (que no es lo mismo que antiformalista) que causaba problemas por su exageración en su propio bando nacionalcatólico. Un artículo de Juan José Gil Cremades de 1962 nos pone bastante en la pista de lo admitido, prohibido y extraviado en el seno del general iusnaturalismo dominante de la filosofía jurídica española. El artículo se propone sin ambages dentro de "la síntesis tomista, repristinadora y recreadora del *esse*" y "se aparta de la interpretación del derecho como mera forma"<sup>42</sup>. En consecuencia, Norberto Bobbio es enviado a los infiernos, junto con Hans Kelsen y el argentino Carlos Cossío que es impulsado hacia la más que inexacta órbita de la "ignorancia" por su desprecio "de la metafísica jurídica". Hasta el inocente evolucionista Teilhard de Chardin ha confundido, para Gil Cremades, la "ley social" con "la culminación de la mostrenca ley biológica", cuando "la teología del derecho" es otra opción que no permite abrir sus puertas con la ganzúa del jesuita evolucionista ("sería delictivo", dice Gil Cremades). No hay duda de la ortodoxia de entonces en el escrito de teología jurídica de Gil Cremades y conviene destacarlo, porque ni siquiera ese iusnaturalismo se siente cómodo con la obra de Castán de 1960 *Crisis mundial y crisis del derecho*, dado que allí se manda al "juez decidir en términos de justicia y equidad" y allí la ley positiva resulta demasiado abstracta para los conflictos de la vida por sus "desmesurados formalismos", lo que —opinaba prudente Gil Cremades— "no sea quizá lo más indicado".

Hay gente joven de nuestra filosofía jurídica que

<sup>37</sup> *Un día en la vida...*, págs. 245-247.

<sup>38</sup> Desde luego, la caracterización del Derecho Natural de Castán Tobeñas realizada por Antonio Hernández Gil está en el corazón de toda esa cultura jurídica: 1) una "concepción escolástica del derecho natural", derivado de una ley moral que es "emanación de la ley eterna" que alcanza hasta el derecho positivo (siempre limitado por esos principios); 2) derecho natural que es un ideal de justicia "en sentido amplio"; 3) también sumado a una idea de derecho natural "en el sentido más tradicional y específico" como *fuerza* cuando faltan las normas jurídicas. Antonio Hernández Gil, *Obras Completas*, tomo I, pág. 131.

<sup>39</sup> En los años treinta, en plena labor de demolición del "formalismo" de Kant, Kelsen y Stammler, un autor como Hermann Isay tan proclive a la "decisión" y al por él admitido "sentimiento jurídico", conocía algunos límites de la necesidad de la *Forma* como algo consustancial al derecho práctico y algo que no tiene un "significado claro" y "determinado" si se le observa como mero "contraste" con el "contenido del derecho". Hermann Isay, "Die Bedeutung der Form im recht", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 27 (1933/34), págs. 44-52. Castán con su "equidad" iba muchísimo más lejos...

<sup>40</sup> Aunque podría establecerse alguna conexión de la ausencia de formas de Castán con las desmesuras de la "equidad" en Ernst Fuchs. Juan Antonio García Amado, "Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre", *Anuario de Filosofía del Derecho*,

tomos XIII-XIV (1996-97), págs. 803-825. De todas maneras, lo peculiar de Castán es tener y proyectar su modelo de "equidad" más allá de los años treinta: hasta los sesenta y aún después (lo que, insisto, pienso que ha de verse en clave de religiosidad manifestada en el orden del derecho español).

<sup>41</sup> Jesús Ignacio Martínez García, "Aporías del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XVI (1999), págs. 61-70. Un artículo lleno de finura epistémica que demuestra que entre los jóvenes iusfilósofos también hay excepciones que saben captar la importancia de las religiosidades en el ámbito de lo jurídico (la invocación, por ejemplo, de Martínez García a Blaise Pascal en el mundo de las dudas y *aporías* no puede ser más oportuna).

<sup>42</sup> Juan José Gil Cremades, "La Ley Natural como participación en Santo Tomás de Aquino", *Anuario de Filosofía del Derecho*, (1962), págs. 83-144. Kelsen, Bobbio y Cossío estaban para Gil Cremades en el partido de la "revancha de la ley positiva" que quería "hacer relegar la teoría del derecho natural a un producto cultural de la tradición greco-escolástica, o a una 'ideología metafísica'", págs. 90-91. En cuanto al pobre —en el artículo citado— Teilhard de Chardin, págs. 138-139 (toda la nota 247).

ha cribado con trabajo las causas de las ausencias y presencias de las ideas de Kelsen en el pensamiento jurídico español de los años sesenta y setenta y lo que eso trajo negativamente consigo<sup>43</sup>. Avatares que no son otros que los de los derechos fundamentales (asociación, reunión, etc.) del Estado democrático de Derecho y ¡ay! los de atreverse a defenderlos en semejante Universidad y en semejantes foros. Se dice demasiado que no hay que pedir heroicidades esos años cuando yo no conozco a nadie en nuestro panorama intelectual que las pida. Sencillamente, cada cual es responsable en esta vida de lo que hace y no de lo que no hizo, de lo que escribe o escribió y no de sus rasgos ágrafos (aunque sí de su profesional vagancia). Los iusfilósofos, jóvenes o viejos, católicos o no, pero en la senda pluralista de Gény, haremos bien en no perder de vista el asunto de la fanática religiosidad jurídica a la española. Lo primero, porque no ha desaparecido, ya sea en forma de riña de escalafón

(vulgo oposiciones), de *Derecho judicial* (adobado con Ronald Dworkin y otras inyecciones éticas anglosajonas más o menos adormecedoras de lo jurídico) o sea en cotidiana discusión de los límites de la moral frente al derecho (allí donde se regulan las parejas de hecho, homosexualidad, *nasciturus*, aborto, eutanasia, anticonceptivos, enseñanza religiosa, enseñanza privada, universidades privadas, bioética en general y genoma en particular, clonación y "otros seres a la carta" que diría mi amigo Javier Sádaba, dentro de un muy prolongado etcétera). Lo segundo, porque sin el estudio de los presupuestos teológicos y religiosos del pensamiento español no entenderemos nunca nuestro derecho actual ni los acrobáticos cambios (de Santo Tomás a John Rawls, del divorcio como pecado a la persecución judicial de la ablación del clítoris, o de la equidad a la ponderación de intereses) de no pocas personas entre nuestros jueces, juristas y filósofos del derecho.

#### EDITORIAL TROTTA

Tel. 34-91-593 90 40  
E-mail: [trotta@ntom.net.es](mailto:trotta@ntom.net.es)  
<http://www.trotta.es>

**LUIGI FERRAJOLI**

*Los fundamentos de los derechos fundamentales*  
Ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello

**ANTONIO MADRID**

*La institución del voluntariado*

**MAURIZIO FIORAVANTI**

*Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*

**CARLOS DE CABO**

*Sobre el concepto de ley*

**HÉCTOR SILVEIRA GORSKI (ed.)**

*Identidades comunitarias y democracia*

**MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO**

*Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*

**JACOBO MUÑOZ Y JULIÁN VELARDE (ED.)**

*Compendio de epistemología*

**SIMONE WEIL**

*Escritos de Lombres y últimas cartas*

**MAX HORKHEIMER**

*Ámbito de justicia. Teoría crítica y religión*  
Ed. de Juan José Sánchez

**ÁNGEL GABRIÓNDO**

*La vuelta del otro. Diferencia, identidad y alteridad*

**ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE**

*Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*

**LUIGI FERRAJOLI**

*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (4.ª edición)  
*Derechos y garantías. La ley del más débil* (2.ª edición)

**PEDRO PLASENCIA**

*La fiesta de los toros.*  
*Historia, régimen jurídico y textos legales*

**IGNACIO PÉREZ-SOBA**

*Cooperación para el desarrollo. Legislación y directrices*

**ESTHER IBAVA**

*Protección jurídica de la fauna y flora en España*

**JUAN IGARTUA SALAVERRÍA**

*El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*

<sup>43</sup> Benjamín Ribaya, "Kelsen en España", *Revista de Estudios Políticos*, 107 (2000), págs. 151-177. Un trabajo muy bien documentado, aunque discrepe de su interpretación de las variaciones de Luis Legaz Lacambra en clave psicológica. Pienso, así lo he expuesto, que hay también otros mares de fondo.

# Constitución española, derechos de los extranjeros\*

Ignacio GUTIERREZ GUTIERREZ

1. La Ley Orgánica 8/2000 es una mala Ley. Por motivos diversos. La violación de los derechos fundamentales no es, seguramente, el problema más trascendente que plantea. Mas el Parlamento, que puede aprobar leyes buenas o malas, no puede aprobar leyes inconstitucionales; la Constitución no asegura que el Parlamento haga buenas leyes, pero sí procura garantizar que esas leyes no invaliden los derechos fundamentales.

Son fundamentales los derechos que se recogen en la Constitución, y que por tanto quedan fuera del alcance del legislador. La Constitución Española dice de los extranjeros que gozarán de las libertades públicas que se garantizan en ella en los términos que establezcan los Tratados y la Ley (art. 13.1). Ello no puede significar que son titulares de los derechos fundamentales en la medida en que se los reconozca la Ley, porque supondría una contradicción lógica: no serían éstos verdaderos derechos fundamentales. Si la Ley los concediera, y no la Constitución, podría la Ley también suprimirlos. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 115/1987, estableció que en España los extranjeros sí tienen derechos fundamentales.

Pues bien, con la Ley Orgánica 8/2000 se regulan algunos de esos derechos, como veremos, en términos incompatibles con tal doctrina sentada por el Tribunal Constitucional. Al margen de los eventuales recursos de amparo y de los recursos de inconstitucionalidad planteados frente a la Ley, los propios jueces y tribunales ordinarios, a la hora de aplicar los preceptos contrarios a la Constitución, no sólo pueden, sino que, a mi juicio, están jurídicamente obligados a plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Los jueces remiten la cuestión de inconstitucionalidad cuando consideran que la Ley aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo puede ser contraria a la Constitución. El planteamiento procederá cuando, por vía interpretativa, no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional (art. 5.3 LOPJ). Mas, al existir jurisprudencia constitucional previa, que determina la inconstitucionalidad de un precepto, el juez ya no puede ensayar tal acomodación. En efecto, el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone a jueces y tribunales la interpretación y aplicación de las leyes de acuerdo con los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. Ello significa que, ante un pronunciamiento

previo del Tribunal Constitucional, no cabe al juez intentar un entendimiento alternativo de la Constitución en el que la Ley resulte legitimada. Y ello sirve igualmente cuando la Ley nueva no reitera simple y directamente un precepto declarado nulo, sino que es frontalmente contraria a las *rationes decidendi* utilizadas por el Tribunal Constitucional; no cabe aplicar la Ley en su única interpretación posible cuando ésta contraviene la doctrina del Tribunal Constitucional. En tales casos, simplemente no puede eludirse el planteamiento de la cuestión.

El ciudadano afectado por la sentencia que aplique tal precepto legal sin haber planteado la preceptiva cuestión puede recurrir con éxito en amparo constitucional, de acuerdo con la doctrina sentada en la STC 23/1988, que en este extremo exceptúa la doctrina general de acuerdo con la cual la omisión de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no vulnera el artículo 24 CE. La mencionada sentencia se refiere a un supuesto en que un juez inaplicó por sí una Ley que estimaba inconstitucional sin plantear la correspondiente cuestión; y concedió el amparo por entender que el juez había vulnerado con ello las reglas sobre el sistema de fuentes a cuya aplicación está sujeto. En este caso se vulneran del mismo modo, aunque no se trate de negar el imperio de la ley, sino de obviar el valor normativo de la Constitución en la interpretación de la misma realizada por el Tribunal Constitucional.

Esta es la especificidad con la que, de algún modo, cabe enfrentar la eventual reiteración de disposiciones legales inconstitucionales o a la aprobación de leyes que se oponen a la doctrina del Tribunal Constitucional. En principio resultarían inaplicables, sin perjuicio de que sea legítima su aprobación por parte del legislador, en la misma medida en que el propio Tribunal Constitucional podría alterar a raíz de ello su propia jurisprudencia.

Por lo demás, la Ley seguramente se opone también a los Tratados internacionales que garantizan derechos humanos, y que, de un lado, están incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, y de otro operan como criterio de interpretación de las disposiciones constitucionales en la materia (arts. 96 y 10.2 CE). Lo primero podría llevar a su directa inaplicación por parte de los jueces ordinarios, con la consiguiente inseguridad jurídica. No obstante, ello cabría en la medida (que podría resultar discutible en algunos casos) en que del propio Tratado derivaran derechos directamente para los particulares; y asimismo en la medida en que los derechos del Tratado tuvieran un alcance protector superior al de la Ley (lo cual también podrá ser discutible, habida cuenta las amplias remisiones de los tratados a las propias leyes nacionales como medida de los derechos). En cuanto al canon del artículo 10.2 CE, cuando no puede actuar para procurar una inter-

\* Ponencia presentada en el III Seminario Internacional del Instituto Iberoamericano de Estudios Constitucionales celebrado en mayo de 2001 bajo el lema *La Constitución del más débil. Desfavorecidos en la crisis del Estado social.*

pretación constitucionalmente adecuada de la Ley, ofrecen dudas las condiciones de su aplicación en el proceso hermenéutico y su alcance en el control de la legitimidad constitucional de las limitaciones a los derechos fundamentales. Por ello es más eficaz argumentar, simplemente, que la Ley se opone a la Constitución.

2. La Ley, decimos, regula los derechos fundamentales de los extranjeros en términos inconstitucionales. Para comprenderlo es preciso apuntar, con carácter preliminar, dos consideraciones. La primera, amparada por la jurisprudencia constitucional, supone la titularidad por parte de los extranjeros de verdaderos derechos fundamentales. La segunda, que postula una concepción extensa del alcance de los derechos constitucionales, considera las restricciones a la titularidad de los mismos como verdaderas limitaciones, equiparables a las limitaciones de contenido, y sujetas por tanto al mismo control de proporcionalidad que éstas (en sentido amplio, comprensivo del triple canon de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) y al límite de la preservación del contenido esencial de los derechos.

a) En materia de derechos fundamentales, la Ley Orgánica 8/2000 diferencia entre los extranjeros residentes regularmente en España y los que permanecen en España de manera irregular. Para estos últimos se restringen los derechos con el único argumento (que ha de reconstruirse atendiendo a la voluntad subjetiva del legislador —mayoritario—, pues no es fácil inducir un fundamento objetivo del tenor de la Ley) de que, ante una Ley demasiado generosa, los extranjeros acudirán a España *porque tienen* (y no sólo *con*) la garantía de que serán tratados conforme a la irrestricta concreción constitucional de su dignidad. Se trata del célebre *efecto llamada*. Con la nueva Ley, quien llegue de manera irregular se enfrentará a una situación jurídica más difícil; ello podría frenar la entrada irregular de extranjeros, estimulando la entrada legal. Los derechos de los extranjeros se abordan, pues, desde la perspectiva que plantean las reservas generalizadas hacia el incremento de la inmigración.

El argumento es falso, como ya se ha demostrado sobradamente. De un lado, por razones internas a la propia Ley, que mantiene dificultades igualmente para la residencia legal: ¿cómo frenar la entrada irregular si no se facilita simultáneamente la regular? La Ley desmiente la lógica del argumento, que por tanto no puede ser válido para justificar la limitación de los derechos. Por lo demás, los extranjeros vienen llamados fundamentalmente por la situación económica de los países de destino, no por su situación jurídica; del mismo modo que son impulsados sobre todo por las dificultades económicas en sus países de origen: las dificultades jurídicas nos llevarían a tratar de aislados. La falsedad del argumento que justifica la limitación de los derechos tiene evidentes consecuencias sobre la legitimidad constitucional de la propia limitación.

Pero el argumento es, sobre todo, en sí mismo inconstitucional. La regulación de la entrada se puede afrontar con criterios diversos y con medidas que permitan ordenarla en función de los mismos. Mas no puede afectar a los derechos que se conceden a quienes ya están dentro: no es constitucionalmente legítimo utilizar como argumento disuasorio de la inmigración irregular la restricción de los derechos fundamentales de quienes se hallan en el ámbito territorial de aplicación del ordenamiento jurídico. Porque, si se trata precisamente de que la pérdida de derechos fundamentales sea tan onerosa como para disuadir de la presencia irregular en España, ello constituye una típica norma penal, con su efecto de prevención especial (para el concreto infractor) y general (para el conjunto de los sujetos al Derecho). Sin embargo,

1. el extranjero que ha llegado a España de modo irregular no ha cometido delito alguno, sino una simple infracción administrativa;

2. la sanción de privarle de derechos se impone sin procedimiento judicial alguno, por la simple fuerza de la Ley;

3. la finalidad de la reinserción social está excluida en la medida en que, a ese extranjero que ha sido criminalizado sin ser criminal, la privación de derechos le aísla del resto de la sociedad.

b) La Ley priva de ciertos derechos a los inmigrantes establecidos irregularmente en España mediante el artificio de reconocerles su titularidad y, sin embargo, no permitirles su ejercicio: todos son titulares del derecho, que podrán ejercer sólo los que hayan obtenido la autorización de residencia. Pero, ¿acaso es respetado el contenido esencial de los derechos de reunión, manifestación o asociación cuando se reconoce a ciertos grupos de extranjeros esa titularidad, mientras que el ejercicio les resulta negado? ¿Qué sentido tiene esta distinción entre titularidad y ejercicio de tales derechos fundamentales?

Ninguno. En realidad, se consideran con ella los derechos fundamentales desde los criterios dogmáticos de la teoría tradicional de los derechos patrimoniales, del derecho de propiedad. En él sí cabe distinguir entre titularidad y ejercicio; mas las libertades de reunión o de asociación, si no se pueden ejercer, ¿en qué consisten?, ¿cabría acaso ejercerlas mediante representación legal o voluntaria? Como ha señalado Ferrajoli, cuya doctrina inspira este Congreso desde su misma rúbrica, aplicar a los derechos de libertad las categorías del derecho de propiedad supone la degradación de las garantías inherentes a la dignidad humana.

c) Se condiciona el ejercicio de ciertos derechos fundamentales a la autorización administrativa de estancia o de residencia. Así, se hace depender el derecho fundamental no de las determinaciones legales sobre la nacionalidad, que la Constitución misma reconoce en ciertos supuestos como criterio diferenciador, sino del arbitrio de la Administración. Porque la Administración concede ese permiso de forma discrecional, con criterios difíciles de objetivar, especialmente en la medida en que tal permiso va ligado a un permiso de trabajo que puede de-

pende, por ejemplo, de la situación laboral del sector en España. Que una autorización administrativa de residencia se convierta en autorización general para el ejercicio de derechos fundamentales resulta inadmisibles. Cabría exigir autorización singular para determinados modos de ejercicio de ciertos derechos (como expresión de la habilitación constitucional para que la Ley regule el ejercicio de los derechos, artículo 53.1 CE; cfr. incluso el discutible régimen de concesión para el no menos discutible derecho fundamental a crear ciertos medios de comunicación). Mas condiciones de ejercicio y capacidad de ejercicio son nociones diferentes; la autorización general para que una persona pueda ejercer ciertos derechos fundamentales resulta incompatible con su función en el Estado constitucional.

d) Por último: La privación a los residentes irregulares de esos derechos, justamente de ellos, supone una agresión al conjunto de los demás derechos que se les reconocen.

Porque la garantía de los derechos no reside sólo en su protección judicial por parte de los tribunales, incluido el Tribunal Constitucional. Los derechos no los concede simplemente el Estado, que asimismo prevé unos mecanismos para garantizarlos; los derechos se conquistan, se imponen y se sostienen a través de fuerzas sociales concretas beneficiarias de los mismos. Por ello, la primera garantía de los derechos, su garantía sustancial, es la que se logra a través de la articulación social de sus titulares, a través de su capacidad para constituirse en grupo social con relevancia pública. El Estado constituye una garantía adicional sólo en cuanto Estado democrático y para los derechos de los ciudadanos, que participan en la adopción de las decisiones políticas. Esto es, en cuanto la fuerza social que ha logrado los derechos de libertad ha conquistado asimismo los derechos de ciudadanía, y por ello interviene como fuerza política para determinar la voluntad del Estado.

Así, los derechos de los extranjeros quedarían perfectamente garantizados en España si se les concediera derecho de voto, aunque sólo fuera en las elecciones municipales: los partidos políticos tratarían de atraerse sus votos; en lugar de limitarse a apelar a la xenofobia latente en muchos ciudadanos, tendrían que dedicarse a convencer a los inmigrantes. Entretanto, sin fuerza política en la que puedan apoyarse los extranjeros irregularmente establecidos en España, toda restricción de los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación o huelga, la limitación de su capacidad para articularse socialmente, implica una simultánea privación de las garantías inherentes a los demás derechos que formalmente se les atribuyen. Frente a la acción sistemática de los poderes públicos y de la sociedad, la protección de los jueces resulta sólo ocasional.

3. El problema de los extranjeros en España, a los que se veda que se articulen como grupo social para defender por sí mismos sus derechos, es que éstos tampoco son considerados como cosa propia

por los demás. En general, la violación de los derechos de un ciudadano se contempla como una agresión potencial a los derechos de cualquier otro, que es esencialmente igual a él. Por eso todos están en disposición de luchar por los derechos, aunque ellos mismos no hayan sido perjudicados. El extranjero es visto como alguien extraño, y su desamparo no concierne a los ciudadanos porque no puede nunca afectarles.

Lo que es falso: todos son en el propio país potenciales extranjeros, incluso extranjeros irregulares, al menos mientras no se acrediten como nacionales. Finalmente, ello supone la aparición de un ámbito de represión policial al margen de las garantías jurídicas y judiciales, en el que se pierde el equilibrio entre libertad y seguridad que pretende articular el Derecho en perjuicio de los derechos fundamentales de las personas.

Pero, sobre todo, el Estado constitucional descansa sobre unos supuestos que son incompatibles con tal perspectiva. Con ella se abre un riesgo de quiebra del Estado constitucional, por cierto, en la dirección contraria a la que es habitual referirse en España. Se habla de los riesgos de admitir demasiados extranjeros, que con su cultura diferente pondrían en riesgo el Estado constitucional que hemos conseguido en España; yo lo veo exactamente al revés.

El Estado constitucional, en España y en otros lugares de Europa, se apoya sobre la forma del Estado nacional. Esto es, sobre un sustrato de valores nacionales, de identidad cultural, se apoya un edificio jurídico construido con los ladrillos de la libertad. De algún modo, los Estados constitucionales son por ello íntimamente contradictorios, lo son los propios textos de sus Constituciones. Y el mayor riesgo para su carácter constitucional viene precisamente de reforzar su identidad nacional.

La idea básica del Estado nacional son "los españoles". "La soberanía nacional reside en el pueblo español", dice el propio artículo 1.2 de la Constitución; y, tradicionalmente, la rúbrica constitucional rezaba "De los españoles", o "De los españoles y sus derechos". Al un lado están los extranjeros, que no tienen derechos ciudadanos, sino sólo derechos humanos. Y esos derechos humanos no los protege la Constitución, sino el Derecho internacional, cuya efectividad se apoya en la desigual fuerza de los Estados; en el fondo, los extranjeros tienen los derechos que su propio Estado de origen está en condiciones de imponer al Estado receptor.

Sin embargo, la idea básica del Estado constitucional es *el hombre*. Y éste, de acuerdo con la idea ilustrada en la que se apoya el Estado constitucional, no puede ser sólo *persona* y *súbdito*, sino que necesariamente ha de ser también *ciudadano*. Kant excluía sólo, por razón de incapacidad natural, a mujeres y niños; y por razón de dependencia social, a los trabajadores por cuenta ajena. Pero, al mismo tiempo, se refería a la comunidad patriótica en la que el Derecho debía regir.

El Estado constitucional actual, sin embargo, advertido por la Historia contra los riesgos de las ideologías identitarias, no debiera consentir extran-

jeros entre quienes se asientan en su territorio: todos son ciudadanos libres. Su legitimidad no tolera sujetos al Derecho que no sean, a un tiempo, sujetos activos de su producción, sujetos del Derecho. Si los extranjeros han de pagar impuestos, han de poder votar; la revolución americana proclamó: ningún impuesto sin representación. No hay Estado constitucional que no sea una "República de trabajadores de toda clase", como proclamó la Constitución de 1931. Que, sin embargo, a continuación se refería a los derechos y deberes de los españoles.

Cuanto más se refuerce la diferencia entre nacionales y extranjeros, entre ciudadanos y hombres que no lo son, mayor es el riesgo para el Estado constitucional. Por ello, quienes entran en el Estado constitucional tendrían que tener los mismos derechos, en principio, que los nacionales de ese Estado.

4. La pregunta decisiva, hasta ahora omitida, es: ¿quiénes pueden entrar?

Seguramente, el Estado constitucional no está en condiciones de admitir a un número ilimitado de personas procedentes de fuera de sus fronteras. Pero, de un lado, toda política que restrinja la inmigración sólo es legítima en la misma medida en que se complemente con la cooperación para el desarrollo económico y político de los Estados de los que proceden los inmigrantes. Lo contrario supone despreciar la universalidad potencial de los derechos humanos. En segundo lugar, las razones para restringir la inmigración han de ser bien distintas de las que usualmente se aducen.

Así, resulta completamente inaceptable restringir la entrada con criterios económicos, incluso justificarla con ellos. Los extranjeros no son una mercancía que se adquiere o no en función de las demandas del mercado de trabajo o de las necesidades de financiación de la Seguridad Social. Como personas, tienen en principio el derecho de establecerse donde deseen, como reconocieron los artículos 25 de la Constitución de 1869 ("Todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria, o dedicarse a cualquiera profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas"), reiterado en el artículo 27 de la Constitución republicana de 1873 y en el artículo 2 de la de 1876, así como el artículo 31 de nuestra Constitución republicana de 1931 ("El derecho a emigrar o inmigrar queda reconocido y no está sujeto a más limitaciones que las que la ley establezca"), recogiendo en el marco del constitucionalismo la progresiva doctrina de *ius gentium* utilizada en la colonización de América.

El Estado constitucional tiene la obligación, sin embargo, de velar por las condiciones estructurales de su subsistencia. Seguramente no puede garantizar plenamente los presupuestos sobre los que descansa, pero al menos está legitimado para esforzarse en ello. Ahora bien, esos presupuestos no son los del Estado nacional, la lengua y la cultura propias, sino unos bien diferentes.

De acuerdo con ellos, cada persona es libre de adoptar los signos de identidad cultural que prefiera, en su caso los que se correspondan con su origen. Las identidades culturales son reflejo de la libertad personal. Y su ejercicio debe ser respetado y protegido en el ámbito privado. A partir de esa libertad, el foro público, el ámbito social definido por las libertades de opinión y de expresión, de asociación y de reunión, debe ser considerado siempre provisional. Surge de un constante diálogo entre culturas, que no excluye por principio el conflicto o las tensiones. No es admisible que se pretenda frenar la inmigración procedente de ciertos países precisamente por su potencial influencia en la configuración del foro público.

Ahora bien, la plena aceptación del Estado laico, cuyas decisiones son ajenas a visiones generales del mundo, que es incompatible con todo fundamentalismo, resulta condición de la apertura de ese diálogo. El Estado no debe ser traducción de una u otra identidad cultural, y debe evitar activamente que una u otra se impongan en el ámbito social más allá de lo que resulte de su libre aceptación por parte de cada cual. Así, la garantía de los derechos en los flujos migratorios debe aprovecharse para luchar contra las agresiones a los derechos fundamentales que se producen en el seno de ciertos colectivos, en particular contra las mujeres y los niños. Los criterios de identidad colectiva deben ser siempre renunciables por cada persona. El respeto a los derechos fundamentales no opera sólo como límite frente al Estado, sino que concreta la imagen constitucionalmente adecuada del hombre que resulta imprescindible para construir sobre ella el Estado constitucional.

Sin embargo, no resulta admisible prejuzgar con criterios culturales la capacidad de cada inmigrante para adaptarse a ese canon mínimo de aceptación de los derechos. Lo único que puede hacer el Estado constitucional es valorar el nivel de garantía de los derechos en su seno y, quizá, cerrarse provisionalmente a la inmigración cuando vea en riesgo la propia identidad como sociedad abierta y Estado laico. Identidad que ahora está en riesgo en España, pero justamente por lo contrario de lo que se pretende: por la militancia social contra la apertura a los extranjeros. Y no es legítimo aducir la propia intolerancia como argumento para limitar la inmigración.

# Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar

Fernando NIETO MARTIN

## 1. ARTICULO 63 LEY ORGÁNICA 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE

Son muchas y trascendentales las novedades introducidas por la nueva Ley de Extranjería —que modifica, de forma parcial, una anterior de 12 enero de 2000— Y, así, entre otras: la limitación en el ejercicio de derechos y libertades por parte de los ciudadanos extranjeros que se encuentran de forma ilegal en España (asociación, sindicación y huelga,...); la reducción de supuestos que posibilitan el pase de una situación de ilegalidad a otra amparada por el ordenamiento jurídico; la inclusión de nuevos enunciados jurídicos que legitiman la expulsión o salida obligatoria del territorio español de ciudadanos de terceros países no integrados en la Unión Europea: “Encontrarse irregularmente en territorio español”, que antes sólo daba lugar a la imposición de una multa económica.

Una de estas novedades afecta al cauce de tramitación de los expedientes administrativos seguidos para la expulsión del territorio español de ciudadanos de terceros países. Se trata de un nuevo procedimiento administrativo, al que se denomina “preferente”, que tiene cuatro rasgos básicos de identidad: 1) poderse aplicar a los supuestos más característicos, habituales de expulsión del territorio español (estancia ilegal; participación en la realización de actividades contrarias al orden público); 2) extraordinaria limitación del tiempo de audiencia concedido al ciudadano extranjero que queda sometido a este procedimiento de expulsión (cuarenta y ocho horas); 3) suspensión del expediente cuando conste la existencia de una previa solicitud de residencia temporal por arraigo y la causa determinante del inicio de éste sea la estancia ilegal en España; 4) ejecución “inmediata” de la orden administrativa que declare la expulsión.

En concreto, el texto legal contenido en el artículo 63 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (que presenta unos rasgos normativos muy similares a los de la Ley 7/1985, de 1 de julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España) es el siguiente:

“1. La tramitación de los expedientes de expulsión, en los supuestos de ... tendrá carácter preferente.

2. Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas. En los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, éste tendrá derecho a asistencia letrada...

3. En el supuesto de la letra a) del artículo 53 (“Encontrarse irregularmente en territorio español...”),

cuando el extranjero acredite haber solicitado con anterioridad permiso de residencia temporal por situación de arraigo, conforme a lo dispuesto en el artículo 31.4 de esta Ley, el órgano encargado de tramitar la expulsión continuará la misma, si procede, por el procedimiento establecido en el artículo 57.

4. La ejecución de la orden de expulsión en estos casos se efectuará de forma inmediata”.

Además de este precepto, ha de tomarse en consideración el artículo 21.2 de esa norma legal a tenor del que:

“El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente”.

## 2. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SIN INDEFENSION

El objeto de este artículo es el de contrastar si tal procedimiento preferente queda incluido dentro de los muy amplios márgenes de apreciación que corresponden al legislador estatal del que procede la Ley Orgánica de 22 de diciembre de 2000 o, por el contrario, tal previsión legal afecta, de modo peyorativo, a uno de los derechos fundamentales que se sitúan en la clave de bóveda del Estado de Derecho: el de tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 Constitución Española), por impedir o dificultar de forma extrema el ejercicio de este derecho a los ciudadanos extranjeros que se ven sometidos a un procedimiento de expulsión seguido a través de la vía preferente que establece la nueva Ley de Extranjería (núcleo esencial del derecho, indisponible para el legislador estatal).

Son varias las características ínsitas al derecho constitucional de tutela judicial efectiva —derecho reconocido, con rasgos muy similares, en la Ley Fundamental de Bonn y en la Constitución italiana—, entre las que, dentro del espacio propio de actuación de los poderes públicos, destacan las de: universalidad de la tutela, que posibilita el control, con parámetros jurídicos, de la totalidad de la actividad desarrollada por las Administraciones Públicas<sup>1</sup>; la audiencia, en el propio espacio administrativo, de la/s persona/s afectada/s por la incoación de un procedimiento de rasgos sancionadores que incide sobre sus derechos legítimos; la posibilidad de que la decisión final sea suspendida, en sede cau-

<sup>1</sup> Lo que constituye, en palabras de la STC 294/1994, “la eliminación del sistema de derechos y garantías características del Estado de Derecho”.

telar, por un juzgado o tribunal de lo contencioso-administrativo.

La transformación introducida en nuestro Derecho Positivo por la mencionada previsión constitucional (art. 24.1 CE) reclama la abolición de cualquier espacio público de poder inmune o exento del control de los tribunales de justicia; la limitación de los supuestos de discrecionalidad administrativa; la necesidad de motivar los actos públicos que restrinjan derechos de los ciudadanos; el seguimiento necesario de un procedimiento administrativo que permita ejercitar el derecho a alegar y probar, y ello en un amplio y dilatado abanico de funcionalidades propias de ese Derecho que, además de su vertiente subjetiva (derecho fundamental de cualquier persona humana) cuenta con una dimensión objetiva como "elemento de un sistema de valores que impregna todos los ámbitos del ordenamiento" (Tribunal Constitucional alemán).

Dos de las funcionalidades de ese derecho fundamental pueden quedar dañadas por el actual modo de regulación del procedimiento preferente para la expulsión de ciudadanos extranjeros:

— El de audiencia, que consiste en el derecho a tomar conocimiento de los hechos ilícitos que se imputan a la persona contra la que se sigue un procedimiento sancionador, a conocer la sanción que se le puede imponer por estos hechos junto con el derecho a presentar alegaciones y pruebas que desvirtúen la realidad de los hechos que se le atribuyen o la calificación jurídica concedida a éstos por la Administración.

— El de tutela cautelar, que impide dar ejecutividad inmediata a las actuaciones administrativas cuando un ciudadano —que disponga de interés legítimo— cuestione la legalidad de tal decisión ante un juzgado o tribunal contencioso-administrativo y solicite la suspensión del correspondiente acto administrativo. Esta vertiente del derecho fundamental de tutela judicial efectiva se denomina tutela cautelar y por su cauce se establecen, en sede judicial, las razones jurídicas que reclaman ya, con inmediatez, la puesta en práctica o ejecución de una cierta actuación administrativa o que, por el contrario, determinan la paralización de esa ejecutividad mientras dure la controversia judicial por existir relevantes intereses del recurrente afectados por la ejecución o por constituir cauce indispensable para conceder efectividad a la sentencia (resolución de fondo) que, en definitiva, dicten los tribunales.

### 3. AUDIENCIA DEL INTERESADO

Por lo que se refiere a la audiencia, la limitación temporal (48 horas) que el legislador estatal concede al ciudadano vinculado por una causa de expulsión preferente (por ejemplo, como hemos visto, la de "Encontrarse irregularmente en territorio español") dificulta, en gran medida, el ejercicio constitucional del derecho a alegar y probar la tenencia de una situación objetiva que, en su caso, podría excluir el resultado sancionador. Esta limitación temporal cuenta aquí con gran relevancia a la vista de:

el resultado al que puede conducir el procedimiento sancionador: salida obligatoria del territorio español; la desinformación que padecen un gran número de ciudadanos extranjeros; las dificultades de demostrar su tiempo de permanencia en territorio español o una situación de arraigo familiar o social en el país; la dificultad de probar la existencia de fundadas sospechas de que va a ser sometido a un tratamiento inhumano en el país de destino<sup>2</sup>. En definitiva, se coloca al ciudadano extranjero "sin papeles" en una posición de riesgo e incertidumbre constante al quedar expuesto a estas situaciones acumulativas: la detención cautelar por la Policía durante un término máximo de setenta y dos horas; la necesidad de presentar alegaciones y de probar su situación subjetiva en cuarenta y ocho horas; la de ser expulsado con total celeridad si la Administración concluye que ha desarrollado una conducta incluida en uno de los tipos de infracción que menciona el artículo 63.1.

Con este parámetro, resulta muy criticable la redacción legal que contiene el artículo 63 de la Ley de 22 diciembre de 2000 —desde la perspectiva de su derecho constitucional a alegar y probar los hechos que excluyen la imputación punitiva dirigida contra él por la Administración del Estado, imputación que se recoge en una propuesta inicial de expulsión— dada la trascendente restricción temporal que concede al ciudadano que se ve afectado en sus derechos legítimos por ese procedimiento sancionador de carácter preferente. Esta crítica se refuerza cuando se analizan otros aspectos del enunciado jurídico que contiene el texto ordinamental:

— La indeterminación normativa del tipo de infracción que aparece en el artículo 53 f): "La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana" hace especialmente dificultoso el ejercicio del derecho de defensa dentro del limitado margen temporal de cuarenta y ocho horas (derecho a la presunción de inocencia).

— Se silencia cualquier mención a la aportación de pruebas por parte del interesado y a la solicitud de traer al proceso documentos, declaraciones testimoniales u otros medios probatorios por cuyo cauce se acredite la falta de certeza del presupuesto objetivo sobre el que se construye la declaración de responsabilidad punitiva.

— Se prescinde, en general, de conceder valor alguno a las peticiones de residencia, de exención de visado,... formuladas por el interesado salvo en el caso de que éste haya "solicitado con anterioridad permiso de residencia temporal por situación de arraigo, conforme a lo dispuesto en el artículo 31.4

<sup>2</sup> Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de julio de 2000, Jabari contra Turquía. La señora Jabari, de nacionalidad iraní, fue detenida por las fuerzas de seguridad de Turquía en febrero de 1998 cuando intentaba entrar el país con un pasaporte falso. Las autoridades turcas iniciaron el procedimiento para su expulsión a Irán, ante lo cual la interesada solicitó la concesión de asilo político alegando la existencia de una orden de detención contra ella en su país de origen bajo la acusación de haber cometido adulterio. La petición fue denegada por haber sido presentada fuera de plazo.

de esta Ley” y se vea afectado por el supuesto de expulsión de “Encontrarse irregularmente en territorio español”.

— Lo esencial (derecho fundamental a la protección de la familia y derechos humanos) es poder demostrar que se tiene suficiente arraigo familiar (o laboral, en su caso) en España y lo accesorio que se haya iniciado ya un procedimiento de residencia temporal por arraigo familiar. Sobre este basamento, si el ciudadano afectado por un procedimiento de expulsión preferente (por cualquier de las causas legales que legitiman su uso) manifiesta contar con arraigo bastante en España, el órgano administrativo que tramite el correspondiente procedimiento sancionador tendría que concederle un margen temporal suficiente para demostrar la vigencia de esa situación (por ej., el tiempo de duración de una convivencia no matrimonial estable con el ciudadano español A. F. o con el extranjero residente legal en España A.D.), los datos que apoyan la veracidad de la misma... , bajo riesgo de dañar, de modo irreparable, ese derecho del que es titular toda persona humana.

— El derecho a la protección familiar tiene un valor y relevancia intrínseca muy superior al de la eficacia administrativa, agilidad de los procedimientos administrativos y materialización de las políticas migratorias de los Estados (políticas que incluyen, desde luego, la salida obligatoria de su territorio, en determinados supuestos legales, por parte de los ciudadanos de terceras nacionalidades).

— La remisión legal contenida en el artículo 31.4 de la LO de 22-12-2000: “cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente” perjudica el principio de certeza en la aplicación del Derecho y determina que ese arraigo queda condicionado a su definición y términos reglamentarios y no a la simple alegación (con aportación de prueba certera sobre el basamento objetivo ofrecido por el interesado) de que dispone de vínculo afectivo o familiar suficiente con un ciudadano español/de otro país de la Unión Europea o con el titular de un permiso de residencia.

— La doctrina legal establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que una orden de expulsión puede afectar al derecho de toda persona física a la protección de la familia con abstracción de cual sea la causa que constituya el substrato de la salida obligatoria de uno de los países firmantes del Convenio de Roma<sup>3</sup>.

— La norma evita recoger cualquier otro tipo de

<sup>3</sup> Sentencia Cliz contra Holanda de 11 de julio de 2000: “En el presente caso, el Tribunal considera que la ejecución de la referida orden de expulsión entorpeció el correcto desarrollo del proceso en el que habían de decidirse los derechos del interesado en relación con la posibilidad de continuar la relación familiar con su hijo”. Del mismo modo, el Tribunal Supremo español afirma (STS de 1 de julio de 2000) que “... la interpretación y aplicación sistemática de todos los preceptos citados, tanto de la Constitución como del ordenamiento jurídico de extranjería y del Código Civil, no autoriza la expulsión de los extranjeros casados con español o española, sin haberles dado la posibilidad de obtener el correspondiente visado de residencia, pues, de lo contrario, se impediría la convivencia marital, impuesta legalmente, y se eludiría el principio constitucional de protección a la familia ... al forzar la separación de hecho de los cónyuges sin haberles concedido la posibilidad de legalizar la situación del cónyuge extranjero”.

arraigo en España: laboral, económico, tenencia de anteriores permisos de residencia que posibiliten una tramitación más pausada del procedimiento sancionador<sup>4</sup>.

— Por último, no quiero dejar de reseñar que la situación de arraigo existe aunque el solicitante del arraigo o aquél (ciudadano español o extranjero en situación de legalidad en España) a quien se pretenda uno arraigar carezca de medios suficientes de vida<sup>5</sup>

#### 4. TUTELA CAUTELAR

Esta restricción del derecho de audiencia ha de conectarse al hecho de que la orden definitiva de expulsión se ejecutará —según la nueva ley— “de forma inmediata” lo que, entendido el correspondiente enunciado jurídico en sus términos gramaticales, impide el ejercicio del derecho constitucional a solicitar de los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo la paralización del correspondiente mandato administrativo de expulsión. Esta previsión legal no casa, así, con la interpretación “ex constitutione” concedida por el Tribunal Constitucional al derecho de tutela cautelar y al correlativo privilegio administrativo de la ejecución forzosa de sus propios actos: “...la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso” (STC 14/1992); “...comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos” (STC 148/1993)<sup>6</sup>.

Las restricciones normativas impuestas al ejercicio del derecho a la tutela cautelar —que, no se olvide, se sitúa en la médula del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, constituyendo uno de sus aspectos más significativos— se acrecientan sobre la base de estos datos:

— Imposibilidad legal de solicitar la suspensión de un acto administrativo u otra medida cautelar

<sup>4</sup> Cuando es muy reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que resalta el valor que esos intereses pueden disponer desde el punto de vista de su derecho a permanecer en España mientras los tribunales de justicia resuelven su petición de heterotutela planteada frente a un acuerdo administrativo de expulsión (por todas, STS de 20 de mayo de 2000): “Esta Sala ha dictado reiteradas resoluciones ... en ellas se ha declarado que dicha suspensión resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, por lo que la ejecución de la orden de expulsión ... habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a su esfera personal”; “la jurisprudencia de esta Sala viene considerando que ha de tenerse como circunstancia ‘excepcional’ el arraigo en territorio español, demostrado, entre otras circunstancias ... el disfrute de permiso de trabajo o el haber sido previamente titular de permisos de residencia” (STS de 27 de junio de 2000).

<sup>5</sup> “... ha insistido en el significado social de ésta, de manera que no puede desconocerse aunque el familiar, que reside legalmente en España, tenga una precaria situación económica” (STS de 20 de junio de 2000).

<sup>6</sup> O, como afirma la STC de 20 de mayo de 1996: “La ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante desde la perspectiva del artículo 24.1 CE ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irremediablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión ... es más, la fiscalización plena, sin inmunidades de poder, de la actuación impuesta por el artículo 106.1 de la CE comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos”.

mientras se tramite el correspondiente procedimiento de expulsión preferente ya que el contencioso-administrativo limita su objeto (en general, sub. art. 25.1 LJ de 1998) a los actos "que pongan fin a la vía administrativa".

— La medida cautelar se ha de solicitar conjuntamente con la interposición del recurso contencioso-administrativo (art. 136.1).

— La adopción de una medida cautelar sin oír previamente al Ente administrativo del que procede una actuación de poder público (art. 135: "El juez o tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria") puede resultar insatisfactoria para el derecho de tutela judicial ante la ejecución "inmediata" de la orden de expulsión y ante la carencia de órganos judiciales de lo contencioso-administrativo que se encuentren en servicios de guardia más allá del horario de apertura de las oficinas judiciales.

— Los juzgados de instrucción no tienen competencia judicial alguna para resolver cualesquiera cuestiones relacionadas con una orden de expulsión diversas de aquella que incide acerca de la necesidad de ingreso del extranjero en un centro de internamiento hasta un máximo de cuarenta días (art. 62, Ley 8/2000).

— La Administración no respeta, con habitualidad, la doctrina constitucional a tenor de la que la simple presentación de una petición cautelar ante los tribunales de justicia —petición puesta en conocimiento del órgano del que procede la decisión ejecutiva— reclama, inexorablemente, la paralización de ese acto administrativo hasta que se produzca la resolución de los juzgados de lo contencioso-administrativo<sup>7</sup>.

— Existen notables dudas interpretativas acerca de cuál es el órgano jurisdiccional competente para resolver los conflictos planteados en materia de extranjería, situación legal (cuyo origen se sitúa en la confusa redacción dada al artículo 8.3 de la Ley Jurisdiccional de 1998) que plantea añadidas dificultades de acceso para los ciudadanos extranjeros afectados por una orden administrativa de expulsión.

— Por último, si el Tribunal Supremo mantiene la doctrina actual acerca de qué órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para conocer de los recursos que afecten a materias de cuantía indeterminada<sup>8</sup> (como lo es, indudablemente, la expulsión del territorio español) resultará inútil la cercanía del ciudadano extranjero a un

juzgado provincial de lo contencioso-administrativo cuando el recurso contencioso y la solicitud de medidas cautelares habrá de plantearla ante un órgano judicial más lejano, más formalizado (auto de medidas cautelares firmados por tres magistrados) y con menor agilidad.

## 5. EFICACIA DE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA. DERECHO A LA PROTECCION DE LA VIDA FAMILIAR

Indudablemente, también ha de concederse notable valor a los intereses públicos que se sitúan en la raíz del establecimiento de ese procedimiento preferente: el de eficacia de la actividad administrativa que se facilita en gran medida si el plazo de alegaciones y de prueba otorgado a la persona que queda vinculada por un procedimiento sancionador se reduce de forma considerable (cuarenta y ocho horas) y si la orden punitiva impuesta se ejecuta de modo inmediato.

Esta eficacia (art. 103.1 Constitución Española) es una herramienta indispensable para que el Estado pueda hacer uso adecuado de las potestades que le corresponden en el ámbito del control de los flujos migratorios. Entre estas potestades o poderes se sitúa, de modo notable, la de imponer la salida obligatoria del territorio estatal a aquellas personas que se encuentren en el mismo sin cumplir los requisitos legales. Y, con esta perspectiva, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional (STC 24/2000) destacan la "amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio".

La eficacia administrativa no es, sin embargo, omnímoda o absoluta sino que su utilización debe asumir el contenido esencial, característico, mínimo de los derechos fundamentales de los ciudadanos que pueden quedar afectados por la resolución administrativa existiendo, por tanto, un ámbito indisponible para el legislador estatal o autonómico. Además, el Estado se compromete a respetar (véase, art. 10.2 Constitución Española) los Tratados y Convenios Internacionales firmados por España en materia de Derechos Humanos, derechos que han de ser visualizados tanto por el legislador como por el aplicador (Administración Pública; juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo) en el momento de concretar si un cierto supuesto objetivo reclama, como medida punitiva, la salida obligatoria del territorio español de un ciudadano extranjero y en el momento de coheronar las potestades administrativas de expulsión con el acervo de derechos "humanos", universales, básicos, que corresponden a cualquier persona física.

Para lo que aquí interesa, son dos los derechos que deben situarse siempre en el umbral de visión de legislador/aplicador: el de tutela judicial efectiva sin indefensión; el de protección a la vida familiar. Dadas las menciones ya efectuadas al derecho fundamental de tutela judicial sobre la base del cumplimiento de los derechos de audiencia y contradic-

<sup>7</sup> STC de 20 de mayo de 1996: "... es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en juez. Los obstáculos insalvables a esta fiscalización lesionan, por tanto, el derecho a la tutela judicial ... el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste resuelva sobre la suspensión".

<sup>8</sup> ATS, Sección Primera, de 20 de octubre de 2000: "... la Sala entiende que los actos emanados de la Administración periférica del Estado de cuantía indeterminada, como indudablemente son los de autos, deben recibir el mismo tratamiento competencial que el establecido para los de cuantía superior a 10 millones de pesetas. Esto significa que el conocimiento de los recursos deducidos contra esos actos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley 29/1998 ... no está atribuido a los Juzgados ... sino a los Tribunales Superiores de Justicia".

ción; de la impugnabilidad judicial de cualquier actuación administrativa; del sometimiento de la potestad de "autotutela ejecutiva" al control seguido por los tribunales de justicia, han de concentrarse aquí los términos expositivos sobre el derecho a la protección de la vida familiar. Este derecho ha constituido el molde habitual de control a los efectos de establecer la legitimidad/illegitimidad en el ejercicio de la potestad pública de expulsión dentro del espacio territorial de aplicación del Convenio de Roma<sup>9</sup>, habiendo fijado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos una jurisprudencia progresiva de la que —relacionada ésta con el texto normativo que refleja el artículo 63 de la Ley de 22 de diciembre de 2000— se podrían extraer estas dos conclusiones:

— El derecho a la protección de la vida familiar ha de ser visualizado y tomado en consideración en cualquier de los supuestos legales de expulsión.

— El tribunal europeo analiza la adecuación o proporción existente entre la medida punitiva de expulsión y las concretas circunstancias fácticas vigentes en el supuesto objetivo de que se trate, estimando desproporcionada la expulsión (entre otros supuestos) cuando se ha vivido largo tiempo en el país y la familia demuestra arraigo; cuando se pone en peligro un matrimonio, etc.<sup>10</sup>

## 6. INTERPRETACION CONSTITUCIONAL DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

La Constitución Española de 1978 no sólo ha concedido a los ciudadanos una serie de derechos fundamentales y libertades públicas, colocándolos en la cúspide del Estado de Derecho, sino que también impone a la Administración Pública la obligación taxativa de garantizarlos. Ello así, la Administración del Estado (Jefatura de Policía; Delegación del Gobierno) debe efectuar ineludiblemente una interpretación constitucional del término de alegaciones de cuarenta y ocho horas y de la puesta en práctica "inmediata" de la orden de expulsión al objeto de permitir el uso del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE. Es decir, el superior valor jurídico del texto constitucional y de la interpretación dada al mismo por el Tribunal Constitucional reclama —de los órganos administrativos que tramiten y resuelven los procedimientos sancionadores seguidos en materia de extranjería por vía "preferente"— el dotar de contenido efectivo, veraz, a este derecho a través de: la ampliación del plazo de alegaciones y de prueba cuando resulte indispensable para satisfacer el derecho de contradicción y defensa del interesado en el procedimiento de expulsión; asumir que la

puesta en práctica inmediata de la orden de expulsión no ha de constituir obstáculo suficiente para que el expulsado pueda plantear una solicitud cautelar ante los juzgados o tribunales de lo contencioso-administrativo (por lo que la medida de expulsión se ha de demorar un tiempo mínimo prudencial), y que esta solicitud ha de retardar la pena de salida obligatoria de España hasta lograr una decisión judicial en sede cautelar; valorar la elevada trascendencia de esa medida de castigo ante los intereses legítimos que pueden quedar dañados por la misma (si las personas contra las que se dirigen los procedimientos de expulsión tienen, en definitiva, un suficiente arraigo familiar o social en España).

Además, existen otras cuestiones relacionadas, de modo intrínseco, con el cauce preferente de expulsión de extranjeros introducido por la nueva Ley de Extranjería:

— Si el extranjero "sin papeles" tiene suficiente arraigo familiar o social en España (relación de convivencia marital con un español o con un extranjero residente legal, hijos de nacionalidad española entre otros muchos supuestos) son otras las personas dañadas por la expulsión, que van a quedar también afectadas por la misma y cuyos derechos legítimos deben ser valorados.

— La Administración ha de justificar, de forma amplia y suficiente, las causas que imponen la salida obligatoria del territorio español de un ciudadano extranjero evitando cualquier uso arbitrario de ese poder (motivación de los actos administrativos).

— La Administración ha de excluir el uso discrecional de la potestad de expulsar a los ciudadanos extranjeros que se encuentren de forma ilegal en España o que hayan incurrido en alguno de los supuestos legales de expulsión, adecuando esta medida a la concurrencia estricta de los supuestos normativos y a la utilización precisa del principio de proporcionalidad administrativa al objeto de hacer coincidir la pena impuesta con la gravedad de la conducta desarrollada, el desvalor subjetivo de la misma y los perjuicios que ésta genera en los intereses públicos: "Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia" (art. 55.3 Ley 22 de diciembre de 2000).

## 7. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones, cabe afirmar que el procedimiento preferente de expulsión que diseña el artículo 63 de la Ley Orgánica de 22 de diciembre de 2000 presenta notables carencias y deficiencias jurídicas desde el punto de vista de los derechos de audiencia y de tutela cautelar, deficiencias agravadas por el hecho de que los órganos jurisdiccionales competentes para resolver las solicitudes de heterotutela judicial planteadas contra los acuerdos administrativos de expulsión son los Tribunales Superiores de Justicia, órganos más lejanos al recurrente y menos ágiles que los juzgados de lo con-

<sup>9</sup> Véase, de este modo, sentencias Gul contra Suiza de 19 febrero 1996, Beldjoudi contra Francia de 26 de marzo de 1992, Moustaguim contra Bélgica de 18 de febrero de 1991 y Berrehab contra Holanda de 21 de junio de 1988.

<sup>10</sup> Sentencia Cliz contra Holanda de 11 julio de 2000, en la que el Tribunal señala (reiterando su anterior doctrina legal) que la orden de expulsión constituye una interferencia sobre el derecho a la vida familiar y advierte que, al amparo del artículo 8 párrafo 2º, dicha interferencia sólo puede entenderse justificada cuando es el resultado de una intervención prevista por la ley y tiene carácter necesario dentro de una sociedad democrática.

tencioso-administrativo en la resolución de solicitudes urgentes de suspensión como las planteadas al amparo del artículo 135 LJ de 1998: medidas provisionales (impidiéndose con ello, además, la tenencia de una doble instancia como sucedería si la competencia inicial se atribuye a los juzgados).

Para paliar estas deficiencias, los órganos administrativos que tramitan y resuelven los correspondientes procedimientos sancionadores y los juzgados y tribunales que fiscalicen cautelarmente (y en cuanto al fondo) esas decisiones han de valorar siempre:

— La supremacía formal de los derechos fundamentales (aquí, el de tutela judicial efectiva y el de protección de la vida familiar) sobre el principio de eficacia administrativa.

— La recurribilidad universal de las actuaciones públicas y el derecho de acceso a la jurisdicción en todo supuesto.

— La necesidad de prorrogar el plazo de audiencia en determinados supuestos, específicamente cuando se solicite la práctica de medios probatorios que no se encuentren a disposición inmediata del afectado por la expulsión y que guarden una relación intrínseca con un motivo que pueda hacer desaparecer la causa de expulsión (por su habitualidad, el de una solicitud anterior de permiso de residencia no resuelta todavía en el momento de tramitarse el procedimiento sancionador).

— La relación existente entre la irreparabilidad de los perjuicios causados al/a los ciudadanos extranjeros expulsados y a terceros y la demora que en la ejecución forzosa de esa orden administrativa genera el planteamiento de un recurso judicial.

— La vastedad y heterogeneidad de las medidas cautelares que se pueden adoptar por el juez de lo contencioso-administrativo.

— Las especiales precauciones que han de tomarse en el caso de que se alegue la existencia de arraigo familiar con un español o con un extranjero legalmente establecido en España dados los términos en que se expresa la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo español, y considerando: que esa situación ha de valorarse en cualquier supuesto de expulsión, y no sólo en el de estancia ilegal en España; que la falta de solicitud previa de un permiso de residencia temporal por arraigo tampoco excluye el análisis de las alegaciones y pruebas relativas a la situación familiar o afectiva del interesado en el procedimiento de expulsión preferente; que la Administración del Estado ha de efectuar un esfuerzo de motivación si se opone ese reagrupamiento familiar o si la san-

ción se funda en enunciados jurídicos de márgenes difusos como el citado de “La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público”.

— La relevancia propia del derecho constitucional a la presunción de inocencia que fluye en la aplicación administrativa de algunos tipos de infracción de los que dan lugar a la salida obligatoria del territorio español: “La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden pública...”.

— La inclusión en las normas sancionadoras de un importante hálio de indeterminación (conceptos jurídicos indeterminados) no impide constatar que la potestad de expulsión tiene elementos reglados, por lo que los jueces de lo contencioso-administrativo pueden entrar siempre a examinar el basamento sustancial de la decisión administrativa y establecer si ésta se adecúa al ordenamiento jurídico, es proporcionada a la índole y caracteres de la conducta desarrollada por el ciudadano extranjero y si la misma ha respetado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el de protección de la vida familiar.

En definitiva, la lectura jurídica que ha de darse al procedimiento preferente de expulsión de extranjeros pasa por exigir a los órganos administrativos competentes en este ámbito sectorial una interpretación y sensibilidad ajustada al texto constitucional y al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Protocolos suscritos por España, interpretación que haga factible el empleo suficiente de los derechos de defensa en el propio procedimiento sancionador y el cuestionamiento cautelar de la decisión ante los Tribunales de Justicia, sin contraponer, sin más y como si de intereses contradictorios se tratara, los de tutela y audiencia de los ciudadanos extranjeros en España *versus* política de control migratorio del país. Ambos pueden actuar de forma simultánea sin menoscabo alguno y con mejora notable para nuestro Estado de Derecho que, recuérdese, lo es en cuanto asume que las garantías procedimentales y judiciales básicas corresponden cualquier persona con olvido de su nacionalidad y en cuanto garantiza que cualquier acto de poder procedente de una Administración Pública queda potencialmente sometido a la férula o control de terceros: juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo sin excepción alguna basada en razones de urgencia o celeridad, lo que, por lo demás, constituyen ideas matrices que sustentan y hacen firme a la Unión Europea como Unión de Derecho (Principios Generales del Derecho Comunitario).

# ¿Hay alternativa al formalismo de los juristas?

Andrea GREPPI

Hubo un tiempo en que la crítica al formalismo de los juristas despertaba acaloradas disputas. Probablemente, por entonces todavía había quienes seguían creyendo en una promesa tan atractiva como exigente: "un Rey —había dicho el profeta Isaías— reinará según justicia, y los príncipes gobernarán según el Derecho" (32,1). El ideal era tan luminoso que, frente a él, toda aproximación palidecía. No había lugar para mediación o concesión. La justicia —según eso— no admite calificativos, ni límites. O es así, o no es. No puede ser nunca *parcial*, no puede ser *de parte* y no puede ser *incompleta* o *provisional*. Es como la verdad. Todos sabemos que una verdad *a medias* no es una verdad, sino una no-verdad. No tiene porqué ser una mentira, pero no cabe duda de que es una cosa distinta. Del mismo modo, no podemos imaginar una justicia que sea justicia *a medias*. La promesa de justicia responde a una exigencia radical, que se presenta ante nuestra conciencia y le confiere su impulso primero. Es esa exigencia la que se despierta al comprobar la imperfección del derecho, su distancia respecto de la justicia. Porque en su forma, el derecho parece destinado a quedar irremediabilmente alejado de la justicia.

A pesar de que todavía conservamos el recuerdo de estas ideas, la experiencia nos ha enseñado que en este terreno conviene ser cautos. Sabemos que es necesario llegar a alguna clase de compromiso. Tenemos la impresión de que las pretensiones formales y sustantivas de justicia tienen que llegar a ser compatibles *en el derecho* y *a través del derecho*. Nos sentimos incómodos en aquellas situaciones en las que nos encontramos ante normas contradictorias, especialmente cuando una misma acción puede ser calificada como justa desde el punto de vista formal e injusta desde el punto de vista sustantivo. En esos casos, sabemos que hay algo que no cuadra; y que esta clase de conflictos no son en absoluto infrecuentes. Esto es así porque hemos introducido elementos formales en la estructura del sistema jurídico y, en particular, en la determinación del derecho válido. Hemos aceptado el formalismo en el método de conocimiento e interpretación de la normas jurídicas. No obstante, seguimos proclamando que estos rasgos de la práctica jurídica, que se concretan en la infinidad de principios más o menos generales que convergen sobre la noción de imperio de la ley, tienen *algo que ver* con la justicia en general, y, en particular, con el valor de la seguridad jurídica. Y entonces el círculo se cierra. La *forma* del Derecho se convierte en garantía de certeza, en barrera contra la arbitrariedad. Es garantía de un cierto tipo de igualdad que, no en vano, se llama *formal*, pero que pretende ser justifi-

cada por razones de carácter sustantivo. Decimos que determinados criterios formales de justicia son presupuesto de una convivencia pacífica, son instrumento para la consecución de otros fines (más) valiosos; y suponemos que detrás de las formas (*detrás*, aunque en un lugar que no es fácil de definir con precisión) llegaremos a encontrar finalmente *otra cosa*. Los valores formales que constituyen la llamada moral interna del Derecho confluyen en una dimensión más honda, ya no *formal*, de la justicia.

Una vez alcanzado este compromiso, la cuestión parece superada. Aunque queda claro que el Derecho es forma, podemos añadir en seguida: pero no es *sólo* eso. Otros prefieren contar la historia al revés: el derecho —dicen— tiene que ser justo, pero también es cierto que los juristas se encuentran vinculados *al mismo tiempo* por sus formas. Y así acabamos adaptándonos a una solución que parece bastante confortable. Una solución que además concuerda bien —dicho sea de paso— con las retóricas declaraciones al uso (más o menos pertinentes o inspiradas) sobre el eco de la justicia que incansablemente nos rehúye y se esconde tras el velo de las *formas*. Abre la puerta, además, a la posibilidad de que en *algunas ocasiones* (¿cuáles?), recordando la promesa originaria de una mayor proximidad a lo justo, nos atrevamos a sortear las insuficiencias del Derecho, los injustificables *formalismos* de la ley, sus *trabas*, etc. Mientras la ruptura de las formas sea esporádica nuestra conciencia puede seguir estando tranquila. Las rupturas tan heroicas como ocasionales con la forma pasan a desempeñar entonces una larvada función consolatoria. Aunque si nos paramos a observar con algo más de detenimiento lo que se dice habitualmente sobre la relación entre formalismo y derecho, nos damos cuenta de que las cosas no están tan claras como parecen. Nuestra confortable solución se revela más aparente que real. Es cierto que el problema no es ni mucho menos nuevo: pero su tenacidad no deja de ser significativa.

En todo caso, la tesis de la concordia entre dimensiones formales y materiales en el derecho y en la justicia sigue funcionando bastante bien. Muestra un aspecto saludable y sigue expresando el *sentido común* de mucha gente. Así, en la teoría del derecho reciente, donde casi nadie discute ya sobre estas cosas. Las referencias al formalismo suelen ser tangenciales, aparecen dentro de planteamientos que parecen tener *más amplio* alcance (¿aún?): se presentan como cuestiones accesorias, por ejemplo, dentro de las diferentes teorías sobre la argumentación jurídica. Por otro lado, no creo aventurado afirmar que en estos tiempos han ido perdiendo fuerza las (tradicionales) alternativas teóricas antiformalistas. O al menos, se presentan de manera muy distinta. Obsérvese, por mencionar

sólo algún ejemplo, cómo las críticas de orientación marxista han ido perdiendo terreno sin dejar rastro. Los enfoques sociológicos distinguen ya sin dificultad entre las críticas a la concepción formalista del derecho y la crítica a los presupuestos metodológicos subyacentes a las concepciones formalistas clásicas. Las diversas corrientes del realismo jurídico se han mezclado con otras orientaciones teóricas diferentes. En este caso nos encontramos ante una situación bastante singular: los herederos del realismo jurídico, los autores que tomaron el testigo de aquellas escuelas, parecen tener hoy cierta dificultad en admitir la continuidad con sus progenitores. En un escrito reciente, A. Aarnio subraya la distancia que le separa respecto del pensamiento de A. Ross<sup>1</sup>. Por otra parte, vemos con cierta sorpresa que los autores de los *Critical Legal Studies* pueden sentirse más atraídos por el post-estructuralismo francés que por el empirismo de los clásicos del realismo jurídico norteamericano o por los autores de la tradición pragmatista. En otro ámbito, las teorías del uso alternativo del Derecho parece que han dejado de ser tan radicales como eran o, cuando menos, han dejado de tener —si nunca la tuvieron— una identidad precisa. En diversas ocasiones L. Ferrajoli ha hecho hincapié en los malentendidos que rodearon el eslogan del “uso alternativo del derecho” y el uso interesado que de él hicieron sus críticos<sup>2</sup>.

Cuando se habla de estas cuestiones suele aparecer una dificultad preliminar: se discute del formalismo, pero del formalismo ¿en qué sentido? Si el interlocutor es un teórico del Derecho, lo más probable es que su mente acuda a determinados aspectos del positivismo kelseniano, centrado en el análisis de los elementos estructurales del sistema jurídico; si es un jurista práctico, lo más probable es que piense en el conjunto instrumentos procesales o, en general, en los principios de carácter procedimental con carácter *adjetivo* respecto de lo prescrito en las normas; si el interlocutor es filósofo o sociólogo de profesión, su memoria le llevará hacia territorios mucho más alejados. Podemos imaginar que estas diferencias se resuelvan. Pero no es éste el problema: la verdadera dificultad radica en que, según nos situemos en uno u otro de estos ámbitos, la pregunta sobre los defectos o las virtudes del formalismo encuentra respuestas diferentes. Por eso se hace especialmente complicado determinar qué tiene de malo o de bueno ser formalista, o —como en seguida se suele añadir— qué tiene de malo ser *demasiado* formalista. Parece, en efecto, que ser *un poco* formalista, ser formalista *a veces*, no está del todo mal; pero sí lo está serlo *del todo*.

Y es que entre juristas y ciudadanos hay un evidente rechazo a la ideología del legalismo. Este tipo de formalismo atrae toda clase de prejuicios negativos. Nadie se siente cómodo al reconocer que (de hecho) los jueces y los abogados se ajustan en sus

decisiones al texto de la ley. Todos saben —pero a nadie le gusta reconocer— que cuando topamos con el derecho, “la ley es la ley”. Los juristas saben, y cualquiera de nosotros (cualquier ciudadano que no sea especialmente altruista) sabe que cuando tiene interés en ello puede apelar al significado claro, al texto de la ley. Y que si quiere alcanzar sus propósitos a través del derecho más le vale no perder de vista que las cosas son realmente así. En eso consiste: este es el juego. Y es entonces cuando nuestra confortable solución, el misterioso equilibrio que habíamos alcanzado entre la forma y la sustancia, entre los principios “sustantivos” de justicia y las exigencias de la “forma” del derecho, comienza a resquebrajarse. Al aproximarnos a la “realidad” de las normas y de su aplicación, la armonía preestablecida entre exigencias contrapuestas empieza a hacer agua. No hace falta ser especialmente perspicaces para comprobar que, en estos casos, la situación se vuelve realmente confusa. En la teoría, la tesis de la primacía del derecho formalmente válido ha recibido y sigue recibiendo continuos ataques: nadie la defiende, pero ella regresa, haciendo gala de una inquebrantable tozudez. Es como la mala hierba: cuando más se corta, con más fuerza brota, porque sus raíces son profundas. La reiteración de las críticas (tenemos constancia de la siempre floreciente retórica antiformalista) lo único que llega a demostrar es que el formalismo no se debilita en cada uno de los sucesivos ataques que recibe. Si, desde la teoría, pasamos a considerar la práctica jurídica, nos encontramos ante una situación parecida: a nadie le gusta apelar a la letra de la ley o reconocer que la razón para adoptar una decisión o para fundamentar una pretensión está en la letra de la ley; pero todos lo hacen. Y aunque suele estar mejor visto invocar la justicia o el *espíritu* de la ley (que se presume siempre recto), lo cierto es que nadie se atreve a *ir contra* su significado *evidente*. Lo primero es más pulcro; lo otro, más rentable. Los juristas saben que no pueden no ser formalistas o, sencillamente, que les conviene serlo. En el fondo todos hemos sido formalistas alguna vez y a casi nadie le molesta serlo *de vez en cuando*. Quien esté libre de culpa, que lance la primera piedra.

## II

Por estas razones, y quizá por otras más, la tensión entre formalismo y antiformalismo sigue estando viva. Por eso me ha parecido conveniente poner un poco de orden en ella, intentando encontrar un punto de vista adecuado para hablar sobre la presencia del formalismo en el derecho y, al mismo tiempo, para comprender el valor de las críticas antiformalistas. Pero no es fácil hacerlo, porque la noción de formalismo sigue escapándose de las manos. Una primera vía que tenemos a disposición para afrontar esta tarea parte del análisis de la evolución histórica reciente de la ciencia jurídica. Sabemos, en efecto, que si algo caracteriza dicha evolución es el constante enfrentamiento entre doc-

<sup>1</sup> A. Aarnio, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Ashgate / Dartmouth, Cambridge, 1997, págs. 2-3.

<sup>2</sup> L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez y otros, ed. Trotta, Madrid, 1995, apdo. 12.4.

trinas formalistas y críticas de orientación antiformalista<sup>3</sup>. Se trataría de ver qué es lo que queda hoy de esta confrontación, si sigue vigente, o si por alguna razón ha quedado superada, o tan sólo aplazada. O, incluso, si no estará todavía presente, oculta bajo nombres nuevos. Argumentaré, en lo que sigue, que esta línea de trabajo deja sin resolver el núcleo de la cuestión.

La historia del antiformalismo corre paralela a la historia de las críticas al positivismo jurídico, el paradigma teórico y jurisprudencial dominante en el Derecho contemporáneo. Durante un determinado período, los antiformalistas identificaron formalismo y positivismo y atacaron indistintamente a ambos<sup>4</sup>. La doctrinas sociologistas tomaron como blanco de sus críticas el carácter abstrayente del método "formalista". El segundo Ihering y quienes se remontaron a su enseñanza, pusieron de relieve la dimensión conflictual y finalista que guía la labor de los juristas y que está presente en las elaboraciones conceptuales de la dogmática. Las teorías institucionalistas se fijaron en la conexión entre estructuras sociales y realidades normativas. Los pluralistas, en la teoría de las fuentes. Las diversas corrientes realistas atacaron los presupuestos elementales del positivismo jurídico, a menudo en nombre del (otro) positivismo, el positivismo científico: discutieron la doctrina de la interpretación, de la norma, del ordenamiento. Por su parte, los iuspositivistas hicieron todo lo posible librarse de estas críticas. Sería interesante interpretar la historia del positivismo contemporáneo como una serie de sucesivos intentos por romper el acoso de los antiformalistas, a través de una continua revisión de sus instrumentos metodológicos. Comenzaron tomando distancia frente a la utopía codificadora de la ilustración: se apartaron así de las rígidas elaboraciones doctrinales de la exégesis o de la jurisprudencia de conceptos. Se mantuvo sin embargo la pretensión de alcanzar un conocimiento fiable de lo jurídico y, sobre todo, autónomo respecto de aquello que no es específicamente jurídico. Esta pretensión sigue vigente en la etapa más reciente en la evolución de la teoría jurídica del positivismo, que podemos identificar con las obras de Kelsen, Hart y Bobbio. Sin que sea posible entrar aquí en una discusión más detallada de estas cuestiones, se puede afirmar que buena parte del debate teórico de los años 50 y 60 giraba en torno a dos cuestiones estrechamente relacionadas con la cuestión que nos ocupa. Los "formalistas" estaban intentando demostrar, en primer lugar, que la ideología del positivismo (esto es, una determinada concepción sobre deber de aplicar y de obedecer la ley), es autónoma respecto de la teoría y del método interpretativo de la dogmática; o que la teoría es autónoma respecto de la ideología. Y, en segundo lugar, que la concepción formal y estructural del derecho, así como la

concepción formalista de la interpretación, no guardan compromiso alguno con el formalismo ético (esto es, con una particular teoría de la justicia)<sup>5</sup>.

Lo cierto es que la evolución de la filosofía del derecho mostraría que la estrategia defensiva estaba abocada al fracaso. O, al menos, a un fracaso parcial. Aparecieron nuevos desafíos, que permanecen aún abiertos: al final, nadie parece convencido ya de que sea posible recuperar la objetividad en el conocimiento de los fenómenos jurídicos. Quizá como consecuencia de ello (aunque aquí no tiene importancia la prioridad entre estos dos fenómenos), ha caído también el modelo de interpretación de normas elaborado por la dogmática tradicional. El tiempo parece haber demostrado que los antiformalistas tenían buena parte de razón: hemos acabado renunciado a construir una teoría "pura" y nos hemos visto obligados a reconocer que la ideología del formalismo se introduce y condiciona el modelo teórico del positivismo. Admitimos que los operadores jurídicos (de hecho) están comprometidos con la ideología del legalismo y sabemos que esta circunstancia reclama alguna clase de justificación. El problema es que tampoco los antiformalistas mostraron una alternativa clara. De lo contrario hoy no seguiríamos dándole vueltas a esta cuestión: el derecho (y su teoría) habría roto los puentes con los compromisos ideológicos y éticos del formalismo. Los críticos fueron capaces de explicar con éxito el nexo psicológico que a menudo se da entre positivismo jurídico y formalismo ético. En efecto, en muchas ocasiones el formalismo de los juristas es reflejo de una irracional actitud conservadora, de la resistencia al cambio de un grupo profesional que se aferra a un saber que le confiere poder. Los críticos revelaron también el nexo ideológico que existe entre formalismo y positivismo, pues numerosos aspectos de la teoría del derecho tienen un significado político, guardan relación con la defensa de las libertades *formales* del orden político y económico liberal y son funcionales al desarrollo del Estado contemporáneo. Pero —como antes he adelantado— no creo que la persistencia del vínculo entre formalismo y derecho sea casual. Algo fallaba, o faltaba, en la perspectiva de los críticos: por alguna razón ellos no conseguían explicar las razones que nos obligan a conservar el nexo entre formalismo y derecho. No fueron capaces de responder a la pregunta de por qué, a pesar de todo, los juristas siguen siendo (se empeñan en seguir siendo) formalistas.

Teniendo en cuenta lo anterior, la situación actual podría ser descrita así. Los antiformalistas en muchas ocasiones pusieron el dedo en la llaga y, de ese modo, hicieron evolucionar la teoría jurídica del positivismo. Sin embargo, se les escapaba el núcleo de la cuestión. Por su parte, los positivistas siguieron una estrategia que les conducía hacia un callejón sin salida: intentaron cortar cualquier posible punto de contacto con el formalismo ético y no se

<sup>3</sup> Cfr., a este propósito, F. González Vicén, "Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo", en *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979.

<sup>4</sup> Una visión de conjunto se encuentra en A. Tanzi, *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Cortina, Milano, 1999.

<sup>5</sup> N. Bobbio, "Formalismo giuridico", en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano, 1984; Id., "Formalismo jurídico y formalismo ético", en *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1991; G. Tarello, "Formalismo", en *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1974.

dieron cuenta de que era precisamente en ese terreno donde se estaba jugando la partida. Al menos en esto coincidían con los antiformalistas: unos y otros estaban convencidos de que la teoría jurídica no puede tener compromiso alguno con el formalismo ético, o, en otras palabras, que el nexo entre formalismo y derecho no cuenta con justificación racional y, por tanto, es inaceptable desde el punto de vista moral. Creo, por el contrario, que es precisamente de ahí de donde hay que partir si es que queremos comprender el funcionamiento de las prácticas jurídicas *reales*, si queremos explicar lo que hacen de los juristas, si queremos entender por qué razón los juristas, al final, acaban siendo siempre formalistas (*demasiado* formalistas, insistirán algunos). Para entender por qué razón para los juristas la ley *sigue siendo* la ley, no hay más remedio que considerar las cosas desde una perspectiva diferente.

### III

Cambiamos, pues, el punto de vista. Consideremos ese nudo que los antiformalistas no conseguían resolver y que los positivistas intentaban evitar. Tomemos la perspectiva del formalismo ético y, desde ella, consideremos la siguiente hipótesis: parece que el formalismo algo tiene que ver con la estructura elemental del discurso jurídico, con la manera de pensar y argumentar de los juristas. Si esto es así podemos describir el formalismo jurídico como manifestación particular de un determinado modo de argumentar y razonar\*. El formalismo de los juristas no sería, por tanto, expresión de una determinada ideología o teoría, sino de una determinada manera de entender el razonamiento práctico. A partir de aquí, podríamos describir el formalismo práctico como una particular *técnica de decisión basada en la existencia de reglas*, y, por extensión, como una determinada estrategia argumentativa para justificación de la acción. Obsérvese, en seguida, que hablamos de una *técnica* y no de un *valor*: la adopción de reglas en el derecho o en otros ámbitos de la experiencia no es un fin, sino un medio, un instrumento más o menos útil para guiar la acción en un contexto determinado. Es —tan sólo— un método para ordenar la acción con arreglo a fines. Obsérvese además (y éste es el aspecto que nos interesa desarrollar en estas páginas) que la consideración del formalismo jurídico desde la perspectiva del formalismo práctico pone en primer plano la referencia a reglas. Permite subrayar la diferencia entre razones para perseguir determinados fines y razones para perseguir esos mismos fines a través de reglas. La hipótesis es que esta perspectiva refleja tanto la estructura del derecho, como la estructura de las prácticas discursivas que giran en torno a él. Además, desde esta perspectiva, formalismo acaba identificándose con normativismo. Diremos que es formalista todo proceso de decisión

basado en reglas. Hay formalismo cuando la decisión de realizar o no una acción depende de lo prescrito en una regla; cuando la existencia de una regla es *razón para la acción*. Y cualquiera que sea nuestra posición ante el fenómeno, lo cierto es que dada esta noción tan amplia de formalismo se hace difícil imaginar un sistema jurídico que no pueda ser calificado, en algún sentido, como "formalista". Tan difícil como imaginar una práctica de ordenación de la conducta o de justificación de la acción en la que no acaben apareciendo, en algún momento, "reglas".

¿Es ésta la mejor solución para afrontar las dificultades históricas y prácticas que mencionaba al comienzo? ¿Permite explicar la trayectoria histórica de las corrientes anti-formalistas, su constante demanda de justicia y su recurrente fracaso? ¿Justifica la conexión entre formalismo y positivismo, evitando los peligros del positivismo ideológico? No creo conveniente aventurarme en una respuesta a cuestiones tan amplias antes de haber explorado las principales implicaciones de esta propuesta de reordenación conceptual. En todo caso, sí me parece interesante ponerla a prueba. Se trata de comprobar si esta perspectiva es más útil que otras para entender por qué formalismo y derecho van necesariamente unidos.

No es difícil imaginar cuáles pueden ser tanto las ventajas, como los principales inconvenientes de esta identificación entre formalismo práctico y formalismo jurídico. Entre las virtudes está, sin duda, la de la claridad. Esta noción de formalismo conecta sin dificultad todos aquellos aspectos del derecho y de la teoría jurídica que pueden ser calificados como "formales". Además, tiene la virtud de hacer explícito lo que hacen los juristas en la mayoría de los casos: ellos aplican, dicen que aplican y sinceramente creen que aplican reglas. Y lo hacen conforme a un método silogístico/deductivo que, por mucho que digan los lógicos y los filósofos, les sigue pareciendo como el paradigma de lo correcto en la práctica profesional. Sin embargo, el exceso en la virtud tiende a convertirse en vicio y esto es quizá lo que sucede en este caso. Nuestro enfoque sobre el formalismo jurídico es claro, pero corre el riesgo de ser demasiado simple. La dificultad es evidente: con la equiparación entre formalismo jurídico y práctico se amplía en exceso el campo de referencia, la noción de formalismo acaba abarcando el derecho entero. Y no sólo: todo el derecho y todo derecho posible acaba identificándose con el formalismo. Por eso, parece que nuestra definición de formalismo en lugar de simplificar las cosas no hace más que complicarlas. En último término, nuestra definición sería inútil: no permite establecer diferencias conceptuales significativas entre lo que es forma y lo que es sustancia, entre el formalismo *bueno* y el *mal*, entre las dimensiones del formalismo que están necesariamente presentes en la "idea" de derecho, como elemento implícito en el principio de legalidad, y las que deben quedar subordinadas a más altas exigencias de justicia. Aunque, en el fondo, quizá sea precisamente éste el desafío: admitir que el derecho responde siempre a la lógica del formalismo, a la lógica de las reglas; que el derecho

\* Esta es la tesis central que aparece en M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1980 y que me he limitado a desarrollar en estas páginas.

## COMENTARIOS A LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Coordinador: **Juan Luis Requejo Pagés**

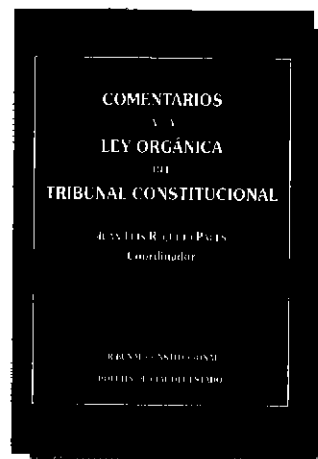
*Coedición con el Tribunal Constitucional*

Título IX de la Constitución Española y Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Contiene los artículos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional comentados individualmente. Los comentarios, precedidos de sus antecedentes legislativos, han sido elaborados por veintiséis Profesores de Universidad, Magistrados y Letrados de Asambleas legislativas, todos ellos antiguos Letrados del Tribunal Constitucional.

Se incluye a continuación el texto actualizado del Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional, una selección de bibliografía especializada y un índice analítico.

**1ª edición (2001), 1.560 páginas**



63,11 € - 10.500 Ptas.

## JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Tomo Quincuagésimo Cuarto (mayo-agosto 1999)

*Coedición con el Tribunal Constitucional*

Esta publicación recoge las Sentencias y Autos del Tribunal Constitucional, correspondientes al periodo de mayo-agosto de 1999. Su estructura corresponde a los criterios de ordenación y sistematización de los servicios Jurídicos del Tribunal Constitucional.

60,10 € - 10.000 Ptas.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Edición del Boletín Oficial del Estado*

Contiene:

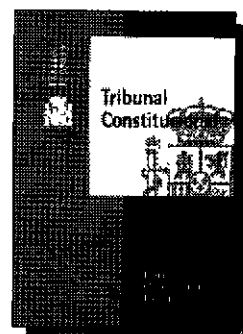
- Título IX de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
- Legislación sobre: Organización y gobierno del Tribunal Constitucional del Estado, Amparo constitucional y Justicia gratuita.

Tabla cronológica de disposiciones.

Índice analítico.

**6ª edición (marzo de 2001), 184 páginas**

*Colección Textos Legales, n.º 69*



5,26 € - 875 Ptas.

## JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

En CD-ROM

Texto completo de las Sentencias y Autos dictados por el Tribunal Constitucional, publicados en la colección *Jurisprudencia Constitucional*, coeditada por el Boletín Oficial del Estado y el Tribunal Constitucional.

**Volumen: 15.000 documentos (marzo de 2001)**



Suscripción anual y actualización cuatrimestral

Información: Suscripciones: ☎ 91 384 17 15

Bases de datos: ☎ 902 365 303

LA LIBRERÍA DEL BOE

Trafalgar, 27  
28010 MADRID

☎ 902 365 303

<http://www.boe.es>

<http://tienda.boe.es>

sólo *tiene sentido* en aquellas circunstancias en las que también *tiene sentido* comprometer una decisión futura al cumplimiento de reglas. Y esto es lo que está en juego cuando se valoran las virtudes y los riesgos del formalismo ético.

Pero vayamos por partes: el lector se habrá dado cuenta de que este último es ya un problema distinto. No se trataba aquí de establecer cuándo está o no justificado ser formalista, sino de comprobar si esta manera de entender la relación entre formalismo y derecho puede ser de alguna utilidad. Y la tendrá si es que a través de ella logramos describir un poco mejor las prácticas sociales que hacen referencia al sistema jurídico, sin embarrancar en retóricas disquisiciones sobre auténtica diferencia entre forma y sustancia (de la justicia y/o del derecho) o sobre la misteriosa armonía entre ambas. A continuación plantearé la posibilidad de aplicar este enfoque a dos temas fundamentales en la teoría del derecho: a nuestra concepción de las normas y a nuestra concepción del lenguaje jurídico. Luego afirmaré que puede tener cierto interés reinterpretar desde la perspectiva del formalismo algunos debates abiertos en la teoría del derecho contemporáneo. Iremos viendo así cuáles son los motivos que impiden plantear una alternativa radical al formalismo en el derecho, que impiden imaginar un derecho sin "forma". Lo cual no supone —en mi opinión— adoptar una actitud conservadora, amoldarse a una actitud acrítica ante las formas jurídicas y renunciar a la búsqueda de un derecho más justo, más cercano a la "sustancia" de la justicia. Me interesa tan sólo sugerir que las diferentes tradiciones antiformalistas, y las recurrentes acusaciones de legalismo, no suelen acertar al definir el blanco de sus críticas. El problema no está en el *formalismo*, en la presencia de *reglas*, pues de la mera existencia de una regla se deduce siempre una expectativa de cumplimiento futuro, una expectativa que sólo puede dejar de ser cumplida en virtud de la existencia de una regla distinta que establezca una excepción relevante. La demanda de justicia de los críticos antiformalistas alude, más bien, al contenido de las reglas vigentes. Atacan las formas pero lo que demandan, en realidad, es la aparición de reglas nuevas o de excepciones no previstas. Sólo transformando hasta un nivel muy profundo (inimaginable en nuestro contexto cultural y político) las prácticas discursivas podríamos pensar un "derecho" sin reglas, un "derecho" no contaminado por la sombra del formalismo. Esta será la conclusión y la respuesta a la pregunta sobre la suerte del antiformalismo en nuestros días. Comprendo que las cuestiones que mencionaré en este breve trabajo merecerían un desarrollo más cuidadoso: pido licencia al lector para que las entienda como anticipaciones de un trabajo que está todavía por hacer.

#### IV

La identificación entre formalismo jurídico y formalismo práctico —decía— se proyecta sobre la teoría de las normas. Por razones de sobra conoci-

das, las teorías del derecho reciente se ha ocupado con frecuencia del análisis de los diferentes tipos de normas que intervienen en la práctica jurídica. Especialmente importante ha sido la distinción entre reglas y principios, sobre la significación y el papel de estos últimos, y el debate sobre la necesaria presencia de reglas y principios en la estructura normativa del sistema jurídico. Consideremos esta cuestión desde la perspectiva del formalismo, distinguiendo diferentes niveles o diferentes grados de formalismo práctico<sup>7</sup>. En función de ello distinguiremos también entre diferentes modelos de Derecho, que revelan una mayor o menor presencia de reglas.

Un nivel básico de formalismo consiste —sencillamente— en decidir según reglas, cualquiera que sean los criterios utilizados para la identificación de dichas reglas. Es formalista quien decide sobre la base de criterios constantes, en el derecho o en cualquier otro ámbito de la vida práctica. Por muy amplia que sea esta caracterización básica del formalismo, gracias a ella podemos identificar una característica esencial del derecho moderno (y, en general, probablemente, de la ética moderna), no compartida quizá en otros contextos culturales. Y es que la noción de "regla" es más exigente de lo que parece: implica cuando menos la idea de generalidad y/o universalidad<sup>8</sup>. En este primer sentido la opción por el formalismo expresa la conveniencia de tomar decisiones sobre la base de criterios generales/universales. No es éste el lugar para discutir si pueden darse teorías de la moral que puedan prescindir del criterio de universalidad (habría que discutir la ética de Aristóteles y, quizá, en algún sentido, la de Hegel). En el ámbito específico del Derecho la cuestión se traduce en la posibilidad de optar por un modelo de decisión puramente tópico: ¿cómo sería una sociedad en que no hubiera reglas generales, en la que hubiera que determinar lo justo en cada instante, en cada circunstancia particular, atendiendo a lo que cada decisión tiene de único y de irrepetible?

Más interesante parece el segundo tipo de formalismo práctico y jurídico. En él encontramos reglas de segundo grado para la identificación de criterios que determinan la decisión. En la lógica del formalismo aparecen dos o más niveles normativos diferentes: hay reglas para la decisión y reglas para la selección de reglas. De nuevo cabe preguntarse si puede existir (o no) un derecho sin reglas de identificación o si un derecho sin esas reglas puede cumplir las funciones que se le atribuyen al derecho en la sociedad contemporánea. Esta era una de las propuestas centrales de la obra de H. L. A. Hart y parece que el tiempo no ha comprometido el valor de su tesis. Pero la cuestión se complica cuando observamos que, a su vez, las reglas de segundo grado pueden contener criterios sustantivos o criterios procedimentales de identificación de normas. Distinguímos así dos nuevos tipos de formalismo práctico y, con arreglo a ello, dos nuevos tipos

<sup>7</sup> De nuevo, M. Jori, *Il formalismo giuridico*, cit., págs. 83 y ss.

<sup>8</sup> R. M. Hare, *The Language of Morals*, Clarendon, Oxford, 1990, págs. 175 y ss.; R. M. Hare, *Freedom and Reason*, Clarendon, Oxford, 1990<sup>10</sup>, págs. 10 y ss.

*ideales* de derecho. No es nada nuevo: se trata de un tema estudiado con todo detalle por los filósofos del derecho. Interesa observar, tan sólo, que tanto un derecho basado en meta-reglas procedimentales, como un derecho basado en meta-reglas sustantivas, responde a la lógica del formalismo. Podríamos decir que desde el punto de vista del formalismo práctico, las normas que contienen principios de carácter sustantivo, cualquiera que sea su fundamento, no tienen otra función en el ámbito de sistema jurídico que la de servir para la identificación de normas. Si esto es cierto, podremos poner en duda que las recientes discusiones en torno a la naturaleza jurídica de los principios conduzcan realmente a la teoría jurídica más allá del formalismo; que las supuestas alternativas al viejo formalismo no consigan, en realidad, más que sustituir un formalismo por otro. Lo cual puede parecernos muy conveniente o muy justificado a la vista de las transformaciones que experimenta el derecho en nuestros días: pero no es tan nuevo.

Por supuesto, en esta materia las cosas no son tan sencillas como las he presentado. Las anteriores reflexiones sobre el formalismo de las meta-reglas de identificación quizá resulten menos genéricas al considerar el segundo gran tema sobre el que podemos proyectar nuestra identificación entre formalismo jurídico y formalismo práctico, la teoría del lenguaje jurídico. También en este terreno la referencia al formalismo puede aportar indicaciones útiles, aclarando, en particular, la naturaleza de las reglas que intervienen en el lenguaje jurídico. En efecto, desde la perspectiva del formalismo podemos diferenciar entre reglas que determinan el sentido de una decisión y condiciones de uso del lenguaje de la regla, es decir, los "criterios" que guían el uso correcto de los términos. Wittgenstein ha dejado claro que ninguna regla puede contener el catálogo completo de las circunstancias particulares en que habrá de ser aplicada<sup>9</sup>. De la misma manera que nadie puede aprender todas las combinaciones numéricas a las que podría ser aplicada la "regla" de la suma, así, podemos decir que las reglas de uso del término "rojo" no pueden incluir una referencia completa a las cualidades de aquellos objetos que en correcto castellano se dicen "rojos". Sin entrar en las dificultades de interpretación de este punto crucial del pensamiento de Wittgenstein, que ha dado lugar a lecturas muy distintas, interesa subrayar la tesis de que cualquiera que sea el origen y la función de las reglas, su aplicación depende de criterios externos a ellas, criterios que determinan la adecuación entre (el lenguaje de) las reglas y la realidad. En relación con esto, cabe observar lo siguiente: la característica del lenguaje jurídico es que las condiciones de uso de sus términos dependen de estructuras semánticas relativamente estables. En el lenguaje jurídico el *correcto* uso de los términos tiende a estabilizarse. Puede que este conjunto de reglas semánticas nunca llegue a estar herméticamente cerrado a una posible reconsideración crítica, pero en todo caso sí oscila entre la apertura y

la clausura y no se aparta de la tendencia a perdurar, a generar pautas *dogmáticas* estables de interpretación. En este sentido, el uso que del lenguaje hacen los juristas puede ser calificado como "formalista". Existen reglas precisas que indican aquello que debe ser considerado jurídicamente relevante. No es que los lenguajes naturales no respondan a reglas, pero lo interesante es observar en que el proceso de elaboración y desarrollo de sus reglas, el lenguaje jurídico sigue procesos singulares. Decimos que el lenguaje jurídico, a diferencia del lenguaje natural, es lenguaje formalizado, que tiene una base convencional o artificial. Es lenguaje cuya interpretación responde a criterios hermenéuticos específicos y —en todo caso— algo menos que universales. Esto es lo que algunos autores han descrito como autonomía semántica del lenguaje jurídico. Se reconoce la existencia de reglas particulares para valorar la correspondencia entre el lenguaje de la ley y la realidad, o una posible interpretación alternativa de la realidad<sup>10</sup>.

Estas observaciones podrían ser provechosas para reconsiderar el papel de la dogmática y, en general, de todas aquellas instancias que intervienen en la formación y estabilización de reglas de uso del lenguaje jurídico. Desde la perspectiva del formalismo práctico podremos discutir el alcance de las alternativas a este modelo hermenéutico.

## V

La identificación entre formalismo jurídico y formalismo práctico podría ser aplicada con provecho a algunos de los más importantes debates de la filosofía del derecho contemporánea. Sería interesante quizá considerar algunos de ellos como ejemplos de la continua tensión entre formalismo y antiformalismo, entre concepciones más o menos formalistas del Derecho. Porque de hecho existen tensiones antiformalistas, que suelen permanecer ocultas.

Así, por ejemplo, en el debate sobre la naturaleza del deber jurídico: algunos autores, intentando salvar la distancia entre obligaciones jurídicas y deberes morales han afirmado que la aceptación normas jurídicas tiene que derivar necesariamente de razones morales. Los formalistas como H. Hart y, hasta cierto punto también, J. Raz, sostienen que, en el contexto de las prácticas jurídicas, es irrelevante el tipo de razones que se encuentren *detrás* de la aceptación<sup>11</sup>. Otro tanto sucede en el debate sobre la posible autonomía de la argumentación jurídica frente a la argumentación moral. Conectando ambos planos discursivos, adoptan posiciones antiformalistas quienes se resisten a aceptar la presencia de restricciones formales en la argumentación, tanto en la determinación del sentido de los textos

<sup>9</sup> F. Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford Univ. Press, New York, 1991.

<sup>11</sup> Entre otros lugares, H. L. A. Hart, "Commands and authoritative legal reasons", en *Essays on Bentham*, Oxford Univ. Press, 1982; J. Raz, *Razón práctica y normas*, trad. J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

<sup>8</sup> L. Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*, trad. A. García Suárez y U. Moulines, Ed. Crítica, Barcelona, 1988, # 199 y ss

legales, como también en la justificación de aquellas reglas que presiden la ordenación del proceso, la formación de las pruebas, la formación y el uso de conceptos dogmáticos, etc. Tengo la impresión que el núcleo de las propuestas teóricas de autores como R. Dworkin o R. Alexy podría ser entendido a partir de su esfuerzo por garantizar la incondicional apertura del discurso jurídico. Esta es la función que cumplen, nociones como las de "coherencia narrativa" o "pretensión de corrección"<sup>12</sup>. El hecho es que el desarrollo de estas tesis resulta difícilmente compatible con la concepción *formal* del lenguaje jurídico a la que antes me refería. Por otra parte, y en tercer lugar, fuera del restringido ámbito de la filosofía del derecho aparecen tensiones antiformalistas en los debates sobre la posible superación de la teoría jurídica del estado liberal en el tránsito al Estado constitucional de Derecho. Así, por ejemplo, aunque con matices muy distintos, autores como G. Zagrebelsky o L. Ferrajoli han defendido la radical transformación de las funciones y los fines de la ciencia jurídica en esta nueva etapa. Zagrebelsky presenta la ciencia del derecho constitucional como ciencia del derecho natural positivizado; Ferrajoli reclama un compromiso político de los juristas en la materialización de los enunciados constitucionales. Ambos se oponen así a la *vieja* tesis formalista de la autonomía ética o política de la dogmática.

La presencia de tensiones antiformalistas permite entender estos tres grandes debates como partes de un único proceso. Remontándonos a una noción tan amplia de formalismo jurídico como la que aquí hemos apuntado, habremos de valorar hasta que punto nos interesa avanzar por esta vía. Para empezar, se podría observar que los críticos siguen manejando con aplicaciones parciales de la noción general de formalismo. Casi nadie ofrece una alternativa definitiva: nadie explica cómo sería un derecho sin reglas, un derecho sin enunciados legislativos, sin reglas de identificación, sin reglas semánticas que predeterminen el significado, etc. Los intentos de escapar a la lógica del formalismo coinciden en rechazar la autonomía de lo jurídico. Rechazan la posibilidad de que una regla pueda prevalecer sobre otras consideraciones moralmente relevantes; la posibilidad de que, en un contexto particular, una regla pueda convertirse en punto de

imputación final de una decisión. Y, de hecho, los críticos del formalismo están en lo cierto cuando observan que las reglas establecen limitaciones externas al proceso deliberativo que precede la decisión. Es verdad que, de este modo, la lógica del formalismo impone una conexión directa entre reglas (que son hechos) y acciones (que sólo podrían ser justificadas sobre la base de normas). Pero éste es —precisamente— el sentido del formalismo, ésta es su función *práctica*. La opción por el formalismo sólo *tiene sentido* (está justificada) si propicia la toma de decisiones. Y la pregunta que queda por resolver es si en la *práctica* cotidiana los juristas pueden prescindir de esta técnica de decisión. Si los teóricos podemos construir un modelo viable en el que la justificación de las decisiones quede indefinidamente abierta a la deliberación moral, a la libre búsqueda de la verdad.

Me parece, pues, que quizá fuera oportuno reconsiderar la tensión entre formalismo y antiformalismo, recuperando este terreno de confrontación entre visiones alternativas del derecho. Enfrentados con las razones del formalismo es claro que no todos pensamos lo mismo. Y es claro que, a partir de esta opción, muchas soluciones puntuales divergen. La identificación entre formalismo jurídico y formalismo práctico nos permite observar que el denostado formalismo de los juristas tiene su raíz en una determinada concepción de la moral basada, en la existencia de reglas generales. El problema es que resulta muy difícil, en nuestra tradición de pensamiento, encontrar una alternativa para esa concepción de la moral (y, en general, del razonamiento práctico): es difícil diseñar una teoría de la justicia o del derecho que no esté comprometida con la idea formal de justicia. No es extraño entonces que estemos todavía lejos de superar la tensión entre forma y sustancia y que, en nuestras discusiones habituales sobre esta materia, queden pendientes flecos que no cuadran del todo. Para encontrar consuelo quizá nos quede más remedio que volver a los clásicos. Volver, por ejemplo, a Hobbes y a aquellos otros autores que diseñaron los fundamentos del Derecho moderno: en su pensamiento podamos encontrar quizá una explicación de las razones por las que el derecho ha llegado a convertirse en *forma* de la realidad social.

<sup>12</sup> R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988; R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

# Sobre el concepto de ciudadanía: ¿una senda ilustrada?

Pilar ALLEGUE

## INTRODUCCION

En el alborar del tercer milenio tenemos retos que cuestionan las viejas instituciones nacidas en los siglos anteriores; conceptos que surgen y representan a Europa, entendiendo a Europa como germen de unión de los diversos países y culturas, lugar de unión y desunión de la diversidad. Lugar y tiempo de comunidad dentro de la diferencia fueron los siglos de la "modernidad". La modernidad, para mí como para otros autores —entre ellos Ferrajoli— nace con la conquista de América<sup>1</sup>. Este autor afirma que a lo largo de ella "los debates y reflexiones de los teólogos y juristas españoles del siglo XVI diseñan las estructuras institucionales del mundo civil..."<sup>2</sup>. De tal forma que conceptos como derecho de gentes, *ius gentium*, soberanía, ciudadanía,... tienen aquí su sentido actual.

Los siglos XVII y XVIII consagrarán estas instituciones. Sin embargo, los cambios políticos, sociales, económicos y culturales —el nuevo "contexto"— nos obliga a revisar los "textos".

En este trabajo pretendo tratar la ciudadanía como "senda ilustrada", porque es uno de los conceptos claves de las democracias. Un concepto que adquiere gran fuerza en los siglos citados y que la Revolución Francesa abanderará: *citoyen* frente a *súbdito*. Los súbditos dejan de depender del rey y se convierten en hombres con derechos, en ciudadanos y "entre todos forman el sustrato social desde el que emergerá el único poder con suficiente legitimación..."<sup>3</sup>. La ciudadanía es una conquista social y política. Pues, como miembros de un estado, además de la condición de nacionales, tienen la consideración de ciudadanos. El individuo es la centralidad del pensamiento. Es el tiempo de la exaltación del individuo.

Actualmente, uno de los teóricos de la ciudadanía, Marshall, dice que "ciudadanía es un estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad". En esta definición el ciudadano y el hombre se identifican en un territorio con los mismos derechos civiles, políticos y sociales. Sin embargo, esta es una ciudadanía pasiva, que exige un estado de bienestar liberal-democrático. Existe, en donde existe un estado de igualdad formal, y su desenvolvimiento coincide, curiosamente, con el auge del capitalismo, que es un sistema de desigualdades<sup>4</sup>.

En este fin de siglo, los movimientos migratorios, la crisis del estado-nación, los estados plurinacionales y la construcción de la ciudadanía europea, entre otros factores, nos obliga a cuestionar, analizar y replantear uno de los grandes conceptos de nuestra cultura occidental.

El trabajo consta de tres partes: en la primera exponemos desde textos de Locke y Rousseau su presencia en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1786. En segundo lugar, seguimos las huellas históricas de pensadores como Ferrajoli y Marshall. Por último, concluiremos con la postura que la defiende como un bien primario, tal como la entiende J. de Lucas, en el mundo diverso en el que vivimos<sup>5</sup>.

I

El término ciudadanía puede tener, fundamentalmente, dos significados. Por un lado, hace referencia a un estatus que atribuye derechos y deberes. Por otro, a un conjunto de ciudadanos/as que componen una nación.

Puede asimismo, significar nacionalidad e incluso, estatalidad. Entendido como estatus se opone a súbdito, o bien a extranjero, según lo refiramos a la política o al derecho. La mayor o menor participación en la vida pública determina su desarrollo<sup>6</sup>.

En la modernidad los teóricos del derecho natural entienden los derechos de la ciudadanía como derechos naturales y universales, que corresponden por ser miembros de una comunidad política. Por tanto, según Ferrajoli, el "universo" jurídico-positivo de los derechos del "hombre" coinciden con el ordenamiento interno del Estado, de tal manera que terminan confundidos con los derechos del ciudadano. Y, si bien la ciudadanía actúa en el interior del estado —en principio— como base de igualdad de "los iguales", hacia el exterior es fuente de discriminación y privilegio con relación a los no-ciudadanos<sup>7</sup>, porque estos derechos universales —inicialmente— están codificados con normas de subordinación y exclusión. Se es ciudadano frente al extranjero.

Observemos cuál es el sentido del término en la Constitución española del 78. Ciudadanía es un vocablo polisémico, que se utiliza en tres sentidos:

1. Como persona o personas con capacidad plena para ejercitar los derechos políticos (arts. 23 y 68.5 CE). Condición o cualidad que se aplica a persona física, mayor de edad y capaz.

2. Persona perteneciente a comunidad física nacional, sea o no española (arts. 18.4, 30.4 y 53.2.

<sup>1</sup> Ferrajoli, L.: "La conquista de América y la doctrina de la soberanía exterior de los Estados". En *Soberanía: un principio que se derrumba. Aspectos metodológicos y jurídico-políticos*. Barcelona, Paidós, 1996; pág. 145.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> Blas, A. de: "Ciudadanía". En: *Enciclopedia del nacionalismo*.

<sup>4</sup> Marshall, T.H.: *Citizenship and social class*. London, 1992. Traducción española de Pepa Linares: *Ciudadanía y clase social*. Madrid, Alianza Editorial, 1998.

<sup>5</sup> Lucas, J. de: "Contra el racismo institucional". En *Neoliberalismo versus democracia*. Madrid, La Piqueta, 1998; pág. 341.

<sup>6</sup> Blas, A. de: "Ciudadanía"... *Op.cit.*; pág. 81.

<sup>7</sup> Ferrajoli, L.: "La conquista...". *Op. cit.*; pág. 165.

Asimismo, en Sección 2, Cap. II, Título I CE). Este "forman parte" viene dado por la territorialidad.

3. Persona de nacionalidad española. Sinónimo de nacionalidad, opuesto a extranjero<sup>8</sup>.

Históricamente los tres significados están unidos.

Es un concepto que, por un lado, nos incluye en los derechos individuales y, por otro, nos vincula a una comunidad particular. Hoy está situado en medio del debate entre liberales y comunitaristas<sup>9</sup>.

Sin embargo, tanto desde un punto de vista "cuantitativo" designación de los miembros de la ciudadanía, como desde el punto de vista "cualitativo", es decir, desde la definición de sus contenidos normativos, la noción de ciudadanía tiene como soporte los supuestos individualistas de la teoría liberal clásica —opuesta a la concepción de los antiguos clásicos, que se identifica con la pertenencia a la *polis*<sup>10</sup>—, a pesar de que su actuación es dentro del Estado moderno, es decir, en una organización política territorial y burocrática<sup>11</sup>.

Puesto que nuestro título cuestiona como la ciudadanía es una senda ilustrada, será útil recordar los lugares clásicos en este caminar. Veamos:

1. En Grecia, la *polis* nace, según Platón, de la necesidad que obliga a los hombres a unirse y desde este auxilio mutuo —recíproco y en este sentido igualitario— nace el Estado<sup>12</sup>. El habitante de la *polis* —el político o ciudadano— lo es por nacimiento. La *polis* es una comunidad, con iguales valores y lengua además del mismo territorio.

Aristóteles entiende que la ciudad es un "conjunto de ciudadanos" pero en la política nos obliga a investigar quién es ciudadano y a quién se le puede llamar de tal manera. Para este autor no se es ciudadano por habitar un lugar, ni siquiera por disfrutar de derechos jurídicos, sino que se adquiere la ciudadanía por la participación en la justicia y en el gobierno. De tal manera que sólo es ciudadano "aquél a quien está permitido compartir el poder deliberativo y judicial, éste decimos que es el ciudadano, el miembro de esa ciudad, y así ciudad, en una palabra, es el conjunto de tales personas capacitada para una vida autosuficiente"<sup>13</sup>.

La ciudadanía nace, por tanto, ligada a la territorialidad, a la participación activa y a una comunidad o sistema de valores excluyentes. Comunidad que, insistimos, posee un rígido conjunto de creencias y valores para los iguales.

Un estatus excluyente, ya en este tiempo, para las mujeres, los esclavos y los extranjeros o bárbaros.

Retomemos el término unos siglos más tarde.

2. Afirma Ferrajoli que en la *Declaration des droits de l'homme et du Citoyen* del 26 de agosto

de 1789 se proclaman solemnemente dos realidades: *Homme* y *Citoyen*, dos clases de sujetos de derechos, desde el punto de vista jurídico, político y sociológico. "Los derechos civiles: libertades personales, de pensamiento, de creencias, de posesión, de justicia, de firmar contratos..." son propios de las personas. Los derechos políticos son propios del ciudadano. A él pueden sumarse los civiles, pero los derechos fundamentales pierden su universalidad si se confunden con los del ciudadano.

En la Declaración de 1789, su artículo 1 dice: "todos los hombres nacen libres e iguales en *droits*", el artículo 2 habla "de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, identificándolos con la libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la agresión", los artículos 7, 8, 9 y 10 incorporan garantías, del *habeas corpus*, penales y procesales, únicamente el artículo 6 atribuye "derechos políticos al hombre en tanto que ciudadano".

"Derecho a concurrir personalmente o por medio de representantes a la formación de la ley como expresión de la voluntad general", y "de acceder a todas las dignidades, puestos y empleos públicos sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos"<sup>14</sup>.

Los soportes filosóficos de esta declaración son Locke y Rousseau. Examinemos algunos textos en estos dos representantes canónicos de la concepción de ciudadano. La primera proclamación de la inviolabilidad por el poder político de los *iura innata* del hombre es conquista de la escolástica española: serán los teólogos y juristas del siglo XVI los que realicen la defensa de los indios, en sentido positivo, de las Casas y Montesinos; y con un resultado negativo, por su asimetría, Vitoria y Suárez, de parte de los conquistadores. La concepción iusnaturalista será la base de la construcción política en la que Locke y Rousseau son figuras clave.

Desde esta concepción de los derechos naturales —innatos— Locke edificará una alternativa política. De tal manera que, en el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (1690), explica Locke qué entiende por "estado de naturaleza": es un estado de "perfecta libertad... dentro de los límites de la ley de la naturaleza y de igualdad" donde poder y jurisdicción son recíprocos<sup>15</sup>. Continúa afirmando que es un estado de perfecta igualdad en el que no existe jurisdicción de uno sobre otro. Y cualquier cosa que se haga para que se cumpla la ley, "será algo que todos los demás también tendrán el derecho de hacer"<sup>16</sup>. Cada hombre tiene derecho a castigar y a ser ejecutor de la ley de la naturaleza<sup>17</sup>. Los hombres tienen pues, derecho a castigar y a buscar reparación<sup>18</sup>. De aquí nace la necesidad de la sociedad ci-

<sup>8</sup> Blas, A. de: "Ciudadanía"... *Op. cit.*; pág. 82.

<sup>9</sup> Kymlicka, W.: "El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía". *La política*. N.º 3; pág. 5.

<sup>10</sup> Zolo, D.: "La ciudadanía en la era post-comunista". *La política*, n.º 4; pág. 123.

<sup>11</sup> Zolo, D.: "La ciudadanía...". *Op. cit.*; pág. 124.

<sup>12</sup> Platón: *República*. Madrid, Espasa Calpe, 1960; libro I, pág. 83-85.

<sup>13</sup> Aristóteles: *Política*. Trad. de García y Jiménez. Madrid, Alianza Editorial, L. III, 1275, págs. 107, 108, 109. Muy interesante es el estudio desde la metodología feminista, no androcéntrica, de Moreno Sardá, A.: *La otra "Política" de Aristóteles*. Barcelona, Icaria, 1998.

<sup>14</sup> Ferrajoli, L.: "Dai diritti del cittadino ai diritti della persona". En *La Cittadinanza, appartenenza, identità, diritti*. Roma-Bari, Laterza, 1994; pág. 263. Este artículo, "De los derechos del ciudadano a los de la persona", ha sido traducido por Perfecto Andrés y Andrea Greppi para *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999; pág. 100. Citaremos a partir de ahora por este texto.

<sup>15</sup> García de Enterría, E.: *La lengua de los derechos*. Madrid, Alianza, 1999; pág. 51-53.

<sup>16</sup> Locke, J.: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Trad., pról. de C. Mellizo. 1ª reimpr. Madrid, Alianza, 1994; II, pág. 36.

<sup>17</sup> Locke, J.: *Segundo Tratado... Op. cit.*; II, pág. 39.

<sup>18</sup> Locke, J.: *Segundo Tratado... Op. cit.*; II, pág. 40.

vil y el gobierno que tendrá como fin preservar sus vidas, sus libertades y sus posesiones, es decir, todo eso al que dio el nombre genérico de "propiedad..."<sup>19</sup>. Es la libertad de cada uno y la necesidad de garantizar los derechos naturales lo que propicia la creación de la sociedad civil y política. Y, la razón hace que surja el "acuerdo con los otros hombres, según el cual todos se unen formando una Comunidad"<sup>20</sup>. Esta sociedad-comunidad únicamente puede actuar "mediante la voluntad y la determinación de la mayoría"<sup>21</sup>, he aquí la regla de mayoría como regla de gobierno de las sociedades políticas modernas. El consenso, producto de la libertad de cada persona, como acto de todos y como instrumento de decisión política es lo único que puede legitimar la sociedad civil el cual mediante el gobierno hará la ley que garantice los "derechos naturales" especialmente de la libertad y de la propiedad (entendiendo la vida como parte de ella)<sup>22</sup>.

De este modo los Derechos del Hombre van a ser defendidos y garantizados desde la sociedad civil. Es esta comunidad donde existe cesión en parte de esos mismos derechos de: igualdad, libertad y propiedad, la que convierte al hombre en ciudadano, devolviéndole parte de estos derechos civiles convertidos en derechos políticos. "La tetralogía lockiana libertad-igualdad-propiedad-resistencia a la opresión se encuentra en el corazón de la Declaración..."<sup>23</sup>. Con Locke pasamos de una libertad *natura* como derecho natural de la persona a una libertad institucionalizada en la cual el individuo pasa a ser político, es decir, habitante de una comunidad, ciudadano. El individualismo es una piedra angular en la construcción de la ciudadanía, pero también su finalidad: "Los derechos de libertad se distinguen así como el centro mismo del orden social y político"<sup>24</sup>. El individuo se convierte en ciudadano: un sujeto de libertad, constructor de una sociedad pactada a través del consenso individual, mediante la regla de la mayoría y sancionado por la Ley. Es el nacimiento del estado de derecho liberal<sup>25</sup>.

Locke ejercerá una directa influencia en Rousseau. Sus estancias en Francia, a causa de su actividad política popularizarán en este país sus obras. En *El Contrato Social* Rousseau da el salto e identifica los "derechos del hombre y los del ciudadano". En *El Contrato Social*, I, I, VI, (pág. 15) dice con respecto a las cláusulas del Contrato: "Estas cláusulas bien entendidas se reducen todas a una, a saber: la alineación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la Comunidad. Porque, en primer lugar, al entregarse cada uno plenamente, la condición es igual para todos, y, al ser la condición para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa para los demás..."<sup>26</sup>. Más adelante añade:

"Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la dirección suprema de la voluntad general recibiendo a cada miembro como parte indivisible del todo...". Continúa Rousseau: "Los asociados toman colectivamente el nombre de pueblo y se llaman en concreto ciudadano, por ser partícipes de la ley soberana"<sup>27</sup>.

El pueblo va a ejercer ese poder a través de la Ley.

En el L. 2,VI, de *El Contrato Social* Rousseau, en el epígrafe "De la ley", declara que cuando se ha dado vida al cuerpo político, habrá que dotarlo mediante la legislación, de "movimiento y voluntad"<sup>28</sup>, porque la ley es como el acto en el que "todo el pueblo decreta sobre sí mismo, sólo se considera a sí mismo...". "Por lo cual la materia objeto de decreto es general, al igual que la voluntad que decreta"<sup>29</sup>.

¿A quién, pues, según Rousseau, corresponde hacer las leyes? La respuesta es muy clara. Son "Actos de la voluntad general"<sup>30</sup>. Sólo el pueblo soberano puede ordenar y lo hará como interés público, de tal manera que únicamente será legítimo un gobierno republicano puesto que ha proclamado "Llamo República a todo Estado regido por leyes"<sup>31</sup>.

Por el pacto social cada persona se convierte en "cuerpo moral y colectivo... y como persona pública resultante de la unión de todos recibe el nombre de República". Y así "asociados colectivamente —continúa diciendo el autor— son el pueblo y, más en concreto, ciudadanos"<sup>32</sup>. Virtud civil y dedicación a la cosa pública por medio de la ley. Son los componentes de la ciudadanía. Ciudadanía que se vincula estrechamente a soberanía nacional. Este protagonismo de la ley como expresión de la voluntad general, de la soberanía popular se recoge y consagra en el texto del 26 de agosto de 1789, en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, identificándose en la práctica estos derechos naturales como la base de la construcción social y política europea y americana<sup>33</sup>. De esta forma, como hemos dicho anteriormente, los artículos 1 y 2 de la *Declaración de Derechos del hombre y del Ciudadano* postulan, como fin de toda asociación política, la defensa de los derechos naturales del hombre.

En consecuencia se transforman derechos proclamados como derechos de la persona en derechos de la ciudadanía. Este es el concepto histórico forjado en el Estado nacional. Sin embargo, podemos pensar que en la concepción actual de la ciudadanía la mayor influencia es la lockiana al unir los derechos individuales subjetivos con la propiedad, desde la libertad de cada uno frente al soberano y a la ley, actuando por el bien de todos<sup>34</sup>.

La ciudadanía como estatus de pertenencia a una comunidad estatal y de atribución de derechos está configurada en estos momentos desde un ciudadano, sobre todo, propietario.

<sup>19</sup> Locke, J.: *Segundo Tratado... Op. cit.*; II, pág. 41.

<sup>20</sup> Locke, J.: *Segundo Tratado... Op. cit.*; IX, pág. 134.

<sup>21</sup> Locke, J.: *Segundo Tratado... Op. cit.*; VIII, pág. 111-112.

<sup>22</sup> Locke, J.: *Segundo Tratado... Op. cit.*; VIII, pág. 134.

<sup>23</sup> Rials, S.: *La déclaration des droits de L'homme et du citoyen*. Paris, 1988; pág. 382.

<sup>24</sup> García de Enterría, E.: *La lengua... Op. cit.*; pag. 64.

<sup>25</sup> Locke, J.: *Carta sobre la tolerancia*. Trad. de Pedro Bravo. Madrid, Tecnos, 1985; pág. 8-9.

<sup>26</sup> Rousseau: *Du contrat social*, 1762. Trad. española de M.ª J. Villaverde, *Del contrato social*. Madrid, Tecnos, 1988, VI, pág. 15.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Rousseau: *Del contrato... Op. cit.*; L. I, pág. 16.

<sup>29</sup> Rousseau: *Del contrato... Op. cit.*; pág. 36.

<sup>30</sup> Rousseau: *Del contrato... Op. cit.*; pág. 37.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Rousseau: *Del contrato... Op. cit.*; pág. 38.

<sup>33</sup> Ferrajoli, L.: *Derechos y...* *Op. cit.*; pags. 116-119.

<sup>34</sup> García de Enterría, E.: *Op. cit.*; pág. 66.

Alrededor de los años treinta en Europa se producen cambios sociales, políticos e institucionales cuyo resultado será la formación del Estado de Derecho Social. La Ley Fundamental de Bonn (1949) es la primera constitución que define el Estado como "democrático y social".

A partir de los años cincuenta esta tradición se identifica en la llamada concepción democrático-social, en la cual derechos y deberes del individuo se asientan en diferentes modelos de organización política; uno de estos modelos es el llamado "comunitario". T.H. Marshall, como teórico de la sociología, será uno de los ejemplos cualificados de este pensamiento que entiende "la igualdad humana básica asociada al concepto de pertenencia plena de una comunidad"<sup>35</sup>.

Los derechos y deberes del individuo alcanzan su plenitud en este tipo de sociedad política en la que se identifican con la ciudadanía y sus dimensiones: civil, política y social. La ciudadanía democrática, según este autor, es resultado de su carácter expansivo y abierto. De tal manera que ha sumado las tres dimensiones históricas: La civil con sus derechos de libertad, de propiedad y prestaciones legales. La política con sus derechos de participación en el ejercicio del poder. Por último, la social que comprende los derechos sociales a la educación, sanidad y prestaciones sociales propias de un Estado de Bienestar. Esta noción de ciudadanía ha tenido gran repercusión en los científicos sociales, pero ha sido fuertemente contestada por filósofos jurídicos como Luigi Ferrajoli.

Señala Ferrajoli la confusión de un análisis sociológico, que no contempla la dimensión jurídica. La perspectiva jurídica contribuiría a conocer el grado de efectividad de los derechos, porque "derechos" "no pueden ser más que lo que los distintos ordenamientos establecen en cada lugar y en cada época, contribuye también esta perspectiva a comprender las condiciones económicas, políticas y sociales de su garantía. Se producen, de tal suerte, dos simplificaciones: la primera, atiende a la confusión entre persona y ciudadano/a; la segunda, unifica los derechos civiles de libertad, autonomía y propiedad, confundiendo libertad con propiedad. Según nuestro autor, las consecuencias de estas simplificaciones son muy importantes porque afectan al contenido del término ciudadanía, a los derechos fundamentales y a sus garantías. La presión migratoria ha desvelado el problema de la identificación entre persona y ciudadano, manifestándose como antinomias entre igualdad y ciudadanía, entre el universalismo de los derechos y sus límites estatistas. El mismo autor señala como la solución a estas antinomias sólo puede venir desde la superación del concepto liberal-ilustrado de la ciudadanía, mediante la ruptura de la identificación de los derechos fundamentales con su nacionalización y la desestatalización de las nacionalidades<sup>36</sup>.

Existe un nexo profundo entre democracia e

igualdad, así como entre desigualdad y racismo, que autores como Javier de Lucas han señalado con impenitente insistencia.

La igualdad de todos los hombres y todas las mujeres debe ser una igualdad en derechos como proclaman las declaraciones universales y si esta igualdad no existe en *droits*, estamos considerando a ese otro/a como desigual.

La ciudadanía así entendida es un estatus de privilegio para los que estamos dentro de los países ricos. Pero es un factor de exclusión y discriminación para los otros, como lo fue en el principio de la modernidad. Exclusión que atañe a tres reduccionismos, como ha dicho el profesor De Lucas: de género, porque han quedado fuera las mujeres; de clase, porque sólo votarán los censados, por tanto, los propietarios, excluyendo a los asalariados; por último, de pertenencia, porque no contempla a los extranjeros o "bárbaros", ya que no forman parte del territorio, llamado nación o nación-estado<sup>37</sup>.

La noción marshalliana de ciudadanía se produce en un momento histórico determinado, en el que la presión migratoria no tenía tanta importancia y las excelencias del Welfare State parecían más atractivas a la ciudadanía. Pero, desde mi punto de vista, el elemento que da sentido profundo a esta concepción es su "pertenencia plena a una comunidad".

¿Es posible, hoy, mantener una ciudadanía nacional sin ser injusto?

Derechos como los de libre residencia o libertad de circulación sin fronteras crearían graves problemas a nuestros países ricos que conjugan la democracia contractual con el mercado en un mundo de globalización. Igualdad y libertad están íntimamente relacionadas, son interdependientes. Sin embargo, condición previa para la adquisición del estatus de ciudadanía en nuestras sociedades es la de pertenecer al grupo que constituye con sus características la organización política. El problema puede surgir si consideramos la identidad de nacionalidad como única fuente legítima de identidad colectiva, entonces, tal como afirma D. Miller, puede entrar en conflicto con otras lealtades. Porque en las sociedades plurales las identidades son también plurales<sup>38</sup>. De manera que, tesis como las de W. Connor, que identifican nación con *ethnos*, acuñando el término de etnonacionalismo<sup>39</sup>, dificultan la conjunción con el liberalismo (entendido como amplio espectro que va desde los liberales conservadores hasta los socialistas democráticos). Pero no así concepciones como las de W. Kymlicka o M. Walzer. W. Kymlicka insta a la defensa de una "identidad compartida"<sup>40</sup> y

<sup>37</sup> Lucas, J. de: *Europa: convivir con la diferencia. Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*. Madrid, Tecnos, 1992. *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*. Madrid, Temas de Hoy, 1994. *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*. Barcelona, Icaria, 1996. "El marco jurídico de la inmigración". *Jueces para la democracia*. 38 (julio, 2000), págs. 3-11

<sup>38</sup> Miller, D.: *On nationality*. 1995. Trad. Por Angel Rivero, *Sobre la nacionalidad*. Barcelona, Paidós, 1997; págs. 150-151.

<sup>39</sup> Connor, W.: *Ethnonationalism: the quest for understanding*, (1994), traducido por M. Corniero. *Ethnonationalism*. Madrid, Trama, 1998.

<sup>40</sup> Kymlicka, W.: *Multicultural Citizenship. A liberal Theory of minority rights*, trad. Carmen Castells: *Ciudadanía multicultural*. Barcelona, Paidós, 1996, págs. 255 y ss.

<sup>35</sup> Marshall, T.H.: *Op. cit.*; pág. 21-22 y 76.

<sup>36</sup> Ferrajoli, L.: *Op. cit.*; pág. 98-99 y ss.

entendida como la construcción de valores compartidos desde la "diversidad profunda"<sup>41</sup>. Defiende Kymlicka un comunitarismo liberal, una ciudadanía multicultural que conjuga los derechos de las minorías con los derechos humanos, limitados por los principios de libertad individual, democracia y justicia social<sup>42</sup>. M. Walzer, desde una teórica posición comunitarista y desde un profundo sentido de la justicia y la democracia, también defiende la coexistencia de una teoría liberal de los derechos de minorías y reclama el equilibrio entre comunitaristas y liberales en la única forma política que está a favor de los grupos y de los individuos: la democracia social<sup>43</sup>.

### III

La redefinición de la ciudadanía viene exigida por el cambio de condiciones sociales, políticas y jurídicas del mundo en el que estamos viviendo. Se impone, en primer lugar, la distinción clara entre dos significados:

1.º Uno teórico-político, como estatus social, como miembro de una sociedad en la que es titular de derechos civiles, políticos, sociales y culturales. Es este un concepto sociológico.

2.º Otro jurídico, en el que ciudadanía designa un estatus normativo. Es la pertenencia de un sujeto a un ordenamiento jurídico estatal<sup>44</sup>.

El primer significado se identifica con la concepción defendida por Marshall; el segundo por Ferrajoli, para quien los derechos significan garantías, de tal modo que la imperatividad del Derecho contemple no sólo la "racionalidad formal", sino también la "racionalidad material" en el sentido weberiano, porque hoy en día los estados de derecho social, las democracias sociales, tienen una racionalidad de fines, de responsabilidad, que vincula a valores, considerados así sustantivos<sup>45</sup>.

La ciudadanía puede ser así el resultado complejo de estas dos dimensiones, la sociológica y la jurídica, y desde ellas debe ser contemplada la integración. Una integración que debe procurar "identidades compartidas"<sup>46</sup> como vía de salida a las identidades nacionales excluyentes.

Sin embargo, la ciudadanía europea que desde el Tratado de Schengen (1992, incluido en el Tratado de Maastrich) ha compartido "la libre circulación de las personas por el territorio europeo, libre de fronteras, y el derecho al voto en las elecciones locales" supone un nuevo estatus jurídico en el que se superan fronteras nacionales para los considerados eu-

ropeos, los reconocidos como nacionales en sus ordenamientos estatales. No obstante, esta normativa refuerza la exclusión para los no-europeos, para los llamados ahora extranjeros extracomunitarios y para los que pretendan acogerse al derecho de asilo. El gran problema de la exclusión se agudiza en los países con fronteras limítrofes como sucede en España que, recientemente, ha modificado los controles de acceso de los extranjeros. La Ley orgánica 4/2000 del 11 de enero sobre los derechos y libertades de los extranjeros y su integración social ha sido cuestionada en un análisis riguroso por el profesor J. de Lucas, quien ha señalado, como punto de partida, que el debate "va más allá de la política interna de un Estado, que afecta a la construcción misma del espacio público así como a la redefinición del contrato social y político, a la conjugación de democracia y mercado en el contexto de la globalización"<sup>47</sup>.

Nos obliga como defiende Ferrajoli a "tomar en serio" los derechos fundamentales y disociarlos de la ciudadanía<sup>48</sup>. Efectivamente, puede crear muchos problemas a los países ricos europeos el reconocimiento de derechos como los de circulación y residencia pero, como él nos recuerda, es la escuela de Salamanca en 1539, a través de Francisco de Vitoria, quien proclama como derechos universales de todos los hombres y pueblos el *ius communicationis*, el *ius migrandi*, el *ius peregrinandi in illas provincias e illic degendi*, así como *accipere domicilium in aliqua civitate illorum*<sup>49</sup>. Pero esta proclamación era asimétrica y generadora de desigualdades en este tiempo<sup>50</sup>. Estos derechos bien intencionados en su formulación, en la práctica justificaron la colonización y el exterminio de los indios/as, si a ello añadimos que hemos sido y seguimos siendo un país de emigrantes, no sólo de inmigración, tenemos la obligación ética, política y jurídica de contribuir a la defensa de derechos que corresponden como personas y cuya falta de reconocimiento cuestiona la credibilidad de los valores jurídicos y políticos de nuestras democracias.

Sin embargo, la superación del concepto ilustrado de ciudadanía que debe pasar por el reconocimiento como personas de todos los hombres y mujeres con idénticos derechos fundamentales, entre los que hoy tenemos que contar el de residencia y libre circulación, significa no sólo reformas jurídicas y políticas<sup>51</sup>, sino también la lucha por una auténtica igualdad en derechos y de ciudadanía incluidas sus garantías de las que resulte un estatus de ciudadanía auténticamente integrador, como postula J. de Lucas, con derechos y

<sup>41</sup> Taylor, Ch.: "The politics of recognition". En Amy Gutman: *Multiculturalism and the "Politics of recognition"*. Princeton, pág. 25-73. Vid. "Por qué la democracia necesita el patriotismo". En *De Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y "ciudadanía mudia"* a cargo de M.C. Nussbaum. Barcelona, Paidós, 1999; pág. 145, 146, 147.

<sup>42</sup> Kymlicka, W.: *Op. cit.*; pág. 257 y ss.

<sup>43</sup> Walzer, M.: "Multiculturalismo e individualismo". *Micromega*. N.º 3 (1994), pág. 41.

<sup>44</sup> Zolo, D.: "Cittadinanza. Storia di un concetto teorico-politico". *Filosofia Politica*. XIV, 1 (aprile 2000), pág. 5.

<sup>45</sup> Ferrajoli, L.: "El derecho como sistema de garantías". *Jueces para la democracia. Información y Debate*. 16-17 (1992). El mismo artículo en *Derechos y garantías...* *Op. cit.*; pág. 22.

<sup>46</sup> Kymlicka, W.: *Ciudadanía...* *Op. cit.*; pág. 255 y ss.

<sup>47</sup> Lucas, J. de: "El marco jurídico de la inmigración. Algunas proposiciones acerca de la necesidad de reforma de la Ley Orgánica 4/2000" *Jueces para la Democracia Información y Debate*, n.º 38 (julio 2000), págs. 3-11.

<sup>48</sup> Ferrajoli, L.: "El derecho como sistema de garantías"... *Op. cit.*; pág. 32.

<sup>49</sup> Vitoria, F.: *De Releclior prior. De indis recenter inventis. 1538-1539. Releclior posterior. De indis, sive de iure belli hispanorum in barbaros. 1539*. Ed. crítica. P. Mtro. Fr. L.E. Alonso Fetino. Madrid, 1934; t.III. Tb. *Sobre el poder civil; Sobre los indios. Sobre el derecho de guerra*, estudio preliminar, trad. y notas Luis Frayle, Madrid, Tecnos, 1998, págs. 57 y ss.

<sup>50</sup> Ferrajoli, L.J.: *Ibidem*.

<sup>51</sup> Vid, Zolo, D.: *Cittadinanza Storia...* *Op. cit.* y Held, D. David: *La democracia y el orden global. Del estado moderno al gobierno cosmopolita*. Barcelona, Paidós, 1997

deberes iguales a los nuestros, con derechos de sufragio municipal para residentes estables (a partir de los dos años) extensible a la ciudadanía europea, mediante el estatuto europeo permanente de residente (a partir de los cinco años de residencia)<sup>52</sup>.

De tal suerte que la ciudadanía "como senda ilustrada" superase aquellos elementos negativos que han servido de sustento a comunidades excluyentes. La ciudadanía como concepto ilustrado, proclamado en la *Declaración del Hombre y del Ciudadano* fue ya en su tiempo una "senda de obstáculos" contestada por las propias excluidas. Recordemos a Olimpia de Gouges, quien escribía la *Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana* en 1791. En ella reclama la igualdad de dere-

chos entre hombres y mujeres por medio de 17 artículos, en un texto que repite la estructura de la Declaración del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789<sup>53</sup>.

Hoy, en alguna medida, a nivel formal, hemos superado dos de las exclusiones a través de reivindicaciones —de la disidencia—. Incluso, una de ellas, la de las mujeres, ha sido, en palabras de Norberto Bobbio, la única revolución pacífica de la historia: la de la igualdad de los sexos<sup>54</sup>.

Urge vencer la tercera de las exclusiones: la de los bárbaros/as, para retomar su carácter emancipatorio, "la cara romántica de la Ilustración", como ha subrayado Javier Muguerza. En ello nos jugamos el futuro de nuestras democracias.

---

<sup>52</sup> Lucas, J. de: "Pactos y razones de Estado, ciudadanía e inmigración". *El País* (jueves, 9 de noviembre, 2000).

---

<sup>53</sup> Gouges, O.: "Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina". Texto tomado de *Cahiers de Doléances. Donne e rivoluzione francese*. Intr. de P.M. Duhet. Palermo, La luna des femmes, 1989. Vide: "Il dolemma della cittadinanza". En *Annali della F. Lello e L. Basso-Issoco*. XII (1993), pág. 243-253.

<sup>54</sup> Bobbio, N.: *L'eta dei diritti*. Trad. esp. de R. de Asis: *El tiempo de los derechos*. Madrid, Sistema, 1991; pág. 46.

# Corporativismo

Florentino EGUARAS MENDIRI

Este comentario no es sino una pequeña reflexión que me sugiere la entrega en Bilbao del premio Carmen Tagle a un magistrado miembro del Foro de Ermua, por parte del presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.

Inicialmente la entrega de este premio se pretendió realizar en la Sede del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, pero la Sala de Gobierno acordó no conceder la licencia oportuna para la utilización del recinto judicial, con el pretexto de que ello pudiera cuestionar la independencia del Poder Judicial.

1. La integración dentro de la sociedad de un instrumento de resolución de conflictos de carácter independiente y ajeno a una vertebración estatal es una concepción relativamente reciente, que choca con lo que hasta la Ilustración era el ejercicio de la función jurisdiccional. Esta suponía un apéndice articulado del poder real. El antiguo régimen asumía una de sus funciones, la judicial, por medio de funcionarios, en muchos casos vitalicios y en otros por compra del cargo, que desempeñaban una de las prerrogativas del poder real como era hacer valer la justicia del rey. Una manifestación de su fuerza y dominio era ésta, como lo era el mantener un ejército.

Desde esta aproximación nos explicamos que Quevedo en sus "Sueños" viese a un juez intentar lavar sus manos antes del juicio final, sin que lo lograra por lo untadas que habían sido en su vida. También que Radbruch en su Introducción al Derecho nos relate que el origen de la efigie de la Justicia como una mujer con los ojos cerrados y una balanza en sus manos, proviene de una realidad muy diferente a la que nosotros actualmente ofrecemos. Su real significado es que la justicia no quiere ver y que los platillos sirven para pesar la dádiva que se da al juez, que determina que quien más dinero ponga, mejor resultado conseguirá.

Junto a esta realidad tenemos los intentos teóricos de modular un Estado en el que los derechos individuales tengan el reconocimiento que la individualidad de la persona merece. El antropomorfismo cobra auge, y frente a los principios sociales de universalidad, grupo o gremio, se alza una reivindicación por el hombre, sujeto del derecho con una esfera propia de poder; su libertad positiva impide que el Estado invada su ámbito particular. Para ello, se crean mecanismos específicos, entre ellos unos órganos judiciales independientes que sirvan de contrapeso a los poderes del rey.

Una división teórica de poderes ya la había ideado el mundo griego, Platón y Aristóteles, y la hizo Locke, pero fue Montesquieu el que se llevó la gloria en su tratado "Del espíritu de las Leyes" —Cap. VI, Libro XI—. Esta formulación ideal del equilibrio

de poderes se compaginaba con la idea social de Rousseau, que por la vía de los hechos reclamaba para el ciudadano un estado de igualdad por su nacimiento y ubicación social. El esquema es más un arquetipo, por lo tanto, en cuanto simplifica lo existente, no es real ni recoge la totalidad de aspectos que pueden resaltarse. Su pilar fundamental está basado en una estructura política apoyada en las leyes, que son emanación del pueblo, que se expresa por ellas, se autogobierna y modula su voluntad; general, pero respetuosa con el individuo. La separación de los jueces del centro de producción legislativa se efectúa con la finalidad de que estos no sean legisladores, sino ejecutores y aplicadores de la norma: en fin, se trata de evitar la acumulación de poderes en un solo centro.

En el equilibrio de poderes ideado por los revolucionarios el poder judicial al inicio no es una forma de quitar poder al monarca. Es la manifestación de la reducción del ámbito de influencia de quien hasta entonces venía ejerciendo sus facultades con desprecio a la libertad del ciudadano. Por ello, hay una reciprocidad entre los poderes ideados para que unos y otros, en la concepción dinámica de las cosas, se impulsen, modulen y controlen, logrando la esfera de libertad del sujeto.

El resultado de todo ello fue la división de poderes, modelo articulado allá por el siglo XVIII y que todavía hoy es recogido en los textos constitucionales.

De esta concepción tripartita nace que el poder judicial esté separado del resto de poderes, aunque mantiene con ellos un equilibrio, integrándose dentro de las corrientes democrático-populares como una manifestación más del poder del pueblo, en el que reside la soberanía y la fuente de toda organización social. Sirve la justicia para administrar la resolución de los conflictos. Este es su fin, para ello se le ha ideado, y aquí está su concepción originaria, no lo olvidemos. Para hacerlo cuenta con una independencia frente al legislador, ante el que rinde cuentas, si se aparta de los dictados que la ley previene. No hay más pretensiones, pero no es despreciable el logro. Frente a los funcionarios del rey nacen otros, libres ante los litigantes, incluso muy diferentes de los jueces griegos, que eran legisladores, o de los romanos que pertenecían a la clase de los árbitros, "rem sibi non liquere". Estos nuevos jueces teóricamente no están sometidos ni al poder ni al dinero, expresan la posibilidad de la libertad de los sujetos, la interpretación de la ley con procedimientos reglados en los que priman las garantías.

El panorama descrito nació en una época, supuso un cambio importantísimo dentro de la concepción existente, pero es un sistema hijo de su tiempo, hoy contestado por las realidades confluyentes.

2. La finalidad inicial de los jueces ha quedado superada por una nueva intervención en el equilibrio de los poderes institucionales. Así, de resolver conflictos han pasado a ser garantes de la ley, de los abusos del resto de poderes, básicamente de la confusión de la Asamblea y del Ejecutivo. A su unión y reforzamiento mutuo se ha opuesto como última garantía un poder judicial, el que por la dinámica del tiempo ha tenido que ocupar un lugar no previsto, pero cierto y real. La opacidad inicial, su sosiego, el alejamiento de lo público, de lo polémico, ha dado paso a un protagonismo en la esfera de lo político, del sometimiento a la ley a su rebeldía frente a la norma, e incluso a constituirse en un legislador de facto.

Un elemento importante en esta nueva implantación del juez ha sido la concepción del derecho como un sistema, un todo unido con fuerza propia, independiente de una fuente específica, de una voluntad etérea —el legislador—, que lo crea, modifica y extingue. El derecho se ha independizado incluso de la misma sociedad, tiene un campo propio y específico. Es posible un dinamismo endógeno, en el que cobran especial importancia los jueces, como integrantes de un poder fundamental dentro no ya del Estado, sino de la sociedad, a la que perfilan, y a la que dotan del derecho, no en un limitado sometimiento a la ley, sino dentro de una realidad, en la aplican el derecho. Esto ha determinado que el juez pueda controlar a la Administración autora y ejecutora de la norma —legal y reglamentaria—, que se fiscalicen esferas tan blindadas como la Hacienda, la seguridad o la paz social.

Claro que ello nos induce a constatar que aquella ideal separación de poderes se ha trastocado, por un lado se ha confundido, y, por otro, nacen otros elementos nuevos, porque cómo si no dar fuerza a la judicatura en un panorama legislativo tradicional. Tal vez la respuesta este en la nueva esfera de lo que se llama el poder constituyente, y junto a él el darwinismo constitucional que es capaz de adaptarse a lo nuevo, modulando derechos de tercera y cuarta generación, y, por último, el incardinamiento de los poderes dentro de una nueva proyección, en la que las antiguas expresiones cobren otro sentido, afin a las necesidades que surgen, y para las cuales, a falta de otras instituciones, las antiguas se reciclan pidiéndose, por algunos a regañadientes, una nueva función de las mismas.

El tiempo actual es de cambios, de regeneración, unas fuerzas intentan disociar, otras unir. El concepto clásico de la soberanía hace aguas, euromercados, volatilidad, globalización, inversores institucionales, cambios... Todo esto hacia lo más, por dentro lo menos, los patriotismos, los nacionalismos, la individualidad frente a lo general. Son realidades, que hacen que esos esquemas con los que tradicionalmente se explicaban las funciones de la justicia sean testimoniales, pero faltos de contenido, sin realidad. La justicia alcanza mayor protagonismo, puede ser concebida como un actor político, pero cuando menos, no puede ser privada de su componente social.

3. La cultura y su socialización significa la adaptación del género humano a las realidades y a los problemas que el mundo le produce. Los campos en que evoluciona el hombre se complejizan a medida que avanza el tiempo, y así la sociedad es el signo del desarrollo humano por excelencia. La capacidad de transmisión de los conocimientos sociales de generación en generación, dota a la sociedad de un constante bagaje de elementos de defensa y avance. La permanente adaptación de los elementos sociales a la diversidad social se manifiesta, por ejemplo, en nuestro tiempo por medio de los grupos sociales, los que pretenden ser exponentes intermedios entre el hombre solitario y la máquina del poder, de lo general, universal, absoluto e impersonal. Otra manifestación de ello es la ductilidad del derecho. Este adopta mecanismo por los que las nuevas necesidades son solventadas por medio de la permeabilidad de sus instituciones. La misma norma superior —constituyente o constitución— se plastifica a las realidades para las que debe servir.

Igual ocurre con las instituciones existentes, unas veces se rehabilitan y otras se destruyen para implantar otras. Lo podemos aplicar al derecho, y con él eso ocurre. Prueba de ello es que a mediados del siglo XX se quebraron todos los dogmas del derecho, nació una nueva dimensión del mismo, acorde con las necesidades que el derecho supranacional exigía. Veamos que dos fueron los fenómenos desencadenantes. Los autoritarismos y la utilización demagógica que del derecho se realizó, y la guerra con su sangrante desprecio de los medios jurídicos. Ambas realidades barrieron todas las construcciones teóricas que se habían desarrollado, motivaron un intento readaptativo, de grandes dificultades pues ya no se sabía si debía acudir a una dogmática positivista, a un derecho *ultra vires*, un realismo pragmático, un constitucionalismo axiológico o un economicismo internacionalista.

Ciertamente lo que quedó claro era que el derecho no era neutral, podía explicarse como ordenamiento subyacente, pero tenía cierta eticidad bien en quien lo aplicase o bien en el que lo produjese. En ese estado de cosas, la justicia asume nuevas funciones, y recibe una implicación social, se encuadra en la sociedad, es un miembro de ella, incluso sus integrantes se agrupan en grupos de presión corporativos. De aquí que sus miembros no sean sujetos aislados sino de la sociedad, en la que adoptan roles específicos, y cuya profesión no se concibe como la de un vasallo del poder, dueño de los instrumentos que utiliza, sino que son personas que además de jueces son miembros de la sociedad. Ese juez decimonónico, aséptico e incólume, se adapta a la realidad que vive y por la que es necesaria su función. Sus medios son los sociales.

La antigua división de poderes ya no parece muy vigente en nuestra sociedad, ni el poder jurisdiccional es el que se diseñó por los revolucionarios. Los nuevos poderes de hecho, y los fenómenos a los que se enfrenta la sociedad requieren que el clásico estatismo judicial deba afrontar arremetidas insospechadas, tanto en su número como en su especie.

La misma complejidad social, los cambios migratorios, la revolución en los grupos primarios y clases sociales como la misma familia, la intervención estatal en ámbitos inconcebibles... suponen que sean muchas veces los jueces quienes se enfrenten con dilemas que el derecho debe resolver, y donde se evidencia la necesidad de huir de esquemas rígidos de trabajo, en los que la separación de ramas del saber siga primando frente a la diversidad de conocimientos y su interrelación. La sociedad es atacada por elementos internos y externos, y la función judicial protagoniza un medio de defensa que desborda tanto los instrumentos como los criterios y conceptos.

El grupo de pensadores realista ya ha abordado el papel judicial, constituyéndolo en el autor y artífice del derecho, agrupa en la figura del juez las clásicas funciones, es él quien define y crea el derecho por medio de su aplicación. "El derecho de una gran nación se reduce a las opiniones de media docena de viejos, algunos de los cuales, previsiblemente, son de una inteligencia muy limitada... ninguna norma o principio que ellos rehúsen seguir es derecho en ese país" (Gray). Ciertamente podrán hacerse muchas objeciones a esta concepción, pero sí nos conducen a dos reflexiones: el papel actual innovado de los órganos judiciales, y su necesaria implicación en el proceso social.

Lo último hace considerar al juez y su función como social, no simplemente jurídica, dentro de la flexibilidad del derecho y sus límites. En ese difuso equilibrio en el que se presiona por la opinión pública, por el sentir popular, está también el derecho, y el juez se ensalza como un autor más de lo social. Manifestar que este actor es un integrante de la división de poderes con funciones de simple aplicador de los dictados de la ley es una postura irreal, como lo es defender un nuevo iusnaturalismo basado en principios rectores irrenunciables.

4. Las contradicciones del siglo XX, basado en los postulados liberales, han distorsionado la función del juez, como medio de paz social que sirve para ajustar los conflictos sociales por un cauce pacífico. Mientras en la Alemania nazi o en la URSS se aplicaban las normas en toda su extensión defendiéndose que ellas servían para implantar las verdades, en aquella, finalizada la guerra, se produce un juicio fundado en valores universales, aquellos que precisamente sirvieron para desprestigiar todas las corrientes neonaturalistas. Sin embargo, en la égida soviética Vyshinsky apelaba al derecho como medio transmisor de las doctrinas comunistas, instrumento de ideas y principios.

El complejo proceso de los avances científicos ha sido explicado desde distintos planteamientos. En el campo de las ciencias humanas donde los datos no son estáticos sino dinámicos y dialécticos, y el sujeto en su estudio parte de sus propios conocimientos y posturas, es difícil fijar un medio de constatación de los avances teóricos, o el mismo cambio de los criterios conceptuales que se imponen en cada época. Parece incuestionable que en toda rama del saber los sucesivos avances y estu-

dios abren nuevos campos y desarrollos, los que con el tiempo acaban imponiéndose.

Aquí es importante exponer la teoría de los paradigmas científicos de Kuhn, pues tal vez nos sirva para afrontar con más tecnicismo el proceso de cambios que empíricamente se constata, pero doctrinalmente todavía no ha sido asumido. A la posible concepción de las ciencias como medios de avance en constante verificación de postulados, precisaba este autor que las ciencias maduras funcionan por medio de paradigmas establecidos, los que marcan una época en la rigidez de su mantenimiento y desarrollo. La comunidad científica comparte estos paradigmas, identificándose con ellos, y entra en un período de ciencia normal, en el que los autores se dedican a perfeccionar y desarrollar el paradigma. Su creencia en éste hace que la labor intelectual se centre en la investigación de verdades pasadas, constituyéndose una comunidad científica que es un grupo de personas que comparten el paradigma.

El paradigma es definido por Kuhn como el logro científico fundamental que incluye una teoría y alguna aplicación ejemplar. Su formulación inicial es abierta de manera que admite nuevas investigaciones, en las que ese avance inicial es extendido y explotado. El resultado psicológico de esta teoría es que la comunidad científica es invadida por un clima de seguridad en sus concepciones y procedimientos. Este se transmite al sistema educativo y los nuevos científicos adquieren en sus conocimientos básicos una concepción conforme al paradigma, se plasma en ellos una dogmática que elude la búsqueda de novedades o críticas al paradigma, existiendo una aceptación del mismo, que finaliza con agrupaciones, publicaciones y foros en torno a la verdad obtenida. En definitiva no se quiere descubrir lo desconocido sino obtener lo conocido.

El *status quo* descrito parece difícil de superar al resultar extravagantes en él las innovaciones científicas. Pero, sin embargo, lo cierto es que la escolástica fue superada, y el iusnaturalismo y la dogmática también. El autor nos lleva a partir de aquí a otro campo, el de las "revoluciones científicas". Estas son episodios extraordinarios que producen el cambio de los compromisos profesionales, naciendo un nuevo paradigma que es incompatible con el anterior. Ha nacido un desarrollo no acumulativo, que rompe con lo anterior.

Lo valorativo de la teoría que hemos expuesto tan sencillamente, es que cuando se produce la ciencia normal las concepciones teóricas invaden todos los conocimientos y la educación en el dogma preestablecido determina que los avances no sean sino apostillas y confirmaciones del mismo. Quienes son educados en el paradigma aplican su creencia en su labor profesional, sin llegar a desarraigarse de él, incluso resulta difícil lograr acceder a la teoría de los discrepantes o de quienes intentan explorar nuevos cambios.

La existencia de una pluralidad ideológica en el campo jurídico es real, pero ello no impide que al menos en la idea del derecho continental transmitida a los juristas nacionales haya imperado la educación tradicional, sobre ideas tan veteranas como la

división de poderes, el imperio de la ley o la función judicial dentro de una dogmática positivista. No ya sólo por la posible aplicación de la teoría que hemos referido de Kuhn, sino por las mismas leyes de la economía, resulta más rentable —cómodo— el transmitir lo conocido, es menos gravoso analizar lo desarrollado y existente que lo nuevo e innovador.

De aquí que puedan seguir escuchando referencias políticas a la defensa del estado de Derecho frente a la inmisión de los tribunales, o la defensa de las prerrogativas legislativas ante las interpretaciones contrarias a ellas que practican los jueces. Es frecuente que en la Asamblea se discursen sobre la función de los jueces como aplicadores de la ley, intérpretes de la misma, y en ese todo se encuadre al mismo Tribunal Constitucional, en asunción de competencias jurisdiccionales ordinarias.

La inercia, la somnolencia educativa, la nostalgia, o la falta de iniciativa, todas son posibles causas que conducen al mantenimiento de fórmulas teórico-prácticas ficticias o irreales. Con las que procuran repetir las mismas verdades, aunque no se acomoden con los datos empíricos. Cuestan las revoluciones científicas, y todavía más el asumirlas, es difícil desbancar a las viejas guardias para favorecer el conocimiento de nuevas teorías o significados. Es frecuente olvidar que la sociedad es un *continuum*.

5. Es posible que una de las causas del inmovilismo intelectual sea la poca iniciativa especulativa que el anterior régimen franquista permitía. Ello y la discrepancia jurídica que se produce entre los sistemas continental y anglosajón, han podido motivar un aquietamiento con lo existente, que se ha escudado en una concepción del juez aséptico, miembro de una función meramente aseverante de la ley; en la que ni la creación ni la dialéctica tienen cabida. Así ha sido posible mantener esa concepción clásica de Montesquieu, sin cuestionarla o ponerla en duda. Menos, que en ella los jueces puedan asumir un compromiso, ya sea político o personal. Todavía este pensamiento es mayoritario, y un claro ejemplo de ello es el rechazo y las trabas que a la intervención en política se pone a los jueces, no ya sólo en pluriactividad, sino en su ejercicio de manera autónoma.

Esto, que pudiera ser contemplado como un aspecto externo de la persona del juez, no lo es tal ya que lleva consigo el que la actividad jurisdiccional sólo pueda ser concebida dentro de un estricto marco en el que las mismas reglas interpretativas quedan limitadas a los términos de la ley, sin permitir un acómmodo a otros medios más dinámicos o influyentes. La concepción personal de juez sobre su función y encuadramiento social lleva implícita un comportamiento profesional distinto según los casos, no sólo afecta respecto a sus cometidos, sino en lo que atañe a la defensa de los ataques que tanto institucional como políticamente se le puedan hacer.

La imparcialidad judicial puede explicarse en un ámbito jurídico, pero no en el social. La esfera personal del juez, sus ideas y creencias, se manifiestan

en su obrar, en su misma profesión. Su independencia cobra vibrante actualidad ante las arremetidas que políticamente y por la fuerza de la opinión pública se producen. Su misma formación, personal y técnica, es un medio de defensa ante las embestidas sociales.

6. A veces las teorías sirven para enmascarar fenómenos. Se las utiliza para obtener un refugio seguro en el que escudar la falta de compromiso o de implicación social. Veamos que en épocas muy recientes los máximos órganos de los jueces se integraban por los miembros natos de las Salas de Gobierno de las Audiencias Territoriales, y que la tibia democratización de aquellas no ha impedido que se mantengan estructuras férreas contrarias a la participación directa de los miembros de la carrera judicial. Es muy reciente el que los cometidos de los tribunales en España se circunscribían a materias muy concretas, quedando al margen esferas de protección hoy tenidas por imprescindibles en una sociedad desarrollada. O que la diversidad ideológica por medio de la asociación judicial, al margen de los partidos políticos, también es novedosa. O por qué no referir que en situaciones de rigidez política son pocas las voces discrepantes de la normativa que se aprueba en contra de las libertades.

Todo es justificable, basta acudir a la doctrina de la división de poderes para mantener a los jueces al margen de las problemáticas coyunturales.

Hoy, sin embargo, nuestro ordenamiento deja márgenes de maniobra. Veámoslo con el supuesto con el que iniciábamos este comentario. El caso refleja toda la riqueza que nuestra sociedad tiene. Aglutina la función judicial y el aspecto social, desgraciadamente plasmado en el terrorismo. Recordemos que el hecho no es otro que el acuerdo de la Sala de Gobierno de denegar que sea en la sede del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco donde se celebre la entrega del Premio Carmen Tagle; habiendo sido el mismo recibido por un magistrado a quien se lo entrego el presidente del Consejo General del Poder Judicial, por supuesto en lugar distinto al que inicialmente se pretendió.

Tal vez el título de este artículo haya podido confundir a algún lector, entendiendo que su referencia es por la persona que lo recibe y quien lo entrega. No, no es esta su finalidad, aunque es una circunstancia que obliga a una mayor reflexión.

Desde la perspectiva jurídica nada reprochamos todavía al acuerdo. Pero este ya invita a una consideración previa. Ha existido posibilidad de discusión y diálogo, es el fruto de una opción permitida. Esto parece inconcebible en un sistema en el que la función jurisdiccional sea concebida como un simple grupo de profesionales que sólo aplican la ley, con miopía social. La oportunidad de que un órgano jurisdiccional pueda implicarse en un tema social, participando en él, ya supone una apertura del campo de actividad judicial, una vía de revitalización, por otro lado acorde con la realidad existente. Es un camino de entrada de la problemática social, la más pujante, la que está en la opinión pública, y

la que precisamente enfrenta dos concepciones bien dispares. La que postula el sometimiento a la ley y la que pide la defensa de algo superior a ésta.

Sigamos. La oportunidad de buscar una sede judicial para la entrega del premio Carmen Tagle en Bilbao es incuestionable, y su repercusión político-social sólo puede ocultarse detrás de una inocente visión de la realidad. Es decir, estamos ante una decisión comprometida, que lógicamente tiene detractores y valedores. Es una manifestación más de la implicación que el juez tiene en una sociedad, donde no queda al margen de la misma sino que es salpicado por su realidad, normalmente, aunque no se diga, cotidiana de su trabajo, donde requiere expresar posturas y posicionamientos. Unas veces, como la que ahora miramos, con alcance público, las más privadamente.

La solución ofertada por la Sala de Gobierno ha sido escudarse en la función jurisdiccional, y su fundamento el manifestar que al ser ésta independiente, y para que nadie pueda cuestionar su imparcialidad, es preferible dejarla al margen de actos como aquel que se pretendía celebrar. Dos apuntes: la Sala de Gobierno no tiene funciones judiciales, luego con ello está intentando preservar la función de los jueces que están en su órbita de gobierno; por lo que descartamos el que se haya adoptado una postura como órgano integrado dentro del poder institucional. Esto nos confirma una autonomía de obrar, real y existente, no hipotética. Pero a su vez una manifiesta confusión en sus labores.

Confusión en distintos ámbitos. Por un lado, en el intento de evadir a los jueces de la realidad social en que viven; y, de otro, en una especie de propiedad de los medios materiales y físicos de que dispone la función jurisdiccional.

7. Indicaba Weber en su concepto del funcionario que éste había evolucionado a lo largo del tiempo y que del vasallo feudal, que poseía los materiales con que servía a su rey, motivo por el que se consolidó una lucha entre poderes; se había pasado al actual que utilizaba los medios que el mismo poder le entregaba para servir a los fines para los que se le destinaba. Motivo, éste, de desidia o dejadez en el servidor público al no alcanzar ningún fin propio con los instrumentos que se le brindaban.

Pretender que las sedes judiciales pertenezcan en exclusividad a los jueces, y que en ellas no se puedan desarrollar otras actividades, es un criterio excesivamente limitado de los bienes públicos, mas parece que el argumento esgrimido no tiene mucha relación con el acto que se pretendía realizar. Y ello porque no hay inconveniente en abrir las dependencias judiciales a actos que pueden tener un alcance social y, en este caso, relacionado con la justicia, como lo es el Premio Carmen Tagle, que recordemos fue una miembro de la Carrera Fiscal asesinada por ETA.

8. El otro aspecto, el pretendido intento de la Sala de Gobierno de preservar a los jueces de la reali-

dad social, invita a pensar que estos se encuentran en un ascetismo jurídico, en una contemplación divina con el derecho. Ajenos a todo lo que sea opinión, criterio o compromiso. El argumento utilizado por aquel órgano de gobierno representa el rescate de una concepción de la función judicial obsoleta y desfasada, en la que se prima el criterio teórico-dogmático, frente al real y existente. Mantener que el juez se encuentra al margen de la realidad social o que su función es cuestionable, por el hecho de encontrarse en el centro de la realidad que vive, es cronificar una catarata visual.

El fenómeno terrorista no es un aspecto aislado en nuestra sociedad. Es un componente social. Requiere compromiso e implicación. No deja lugar a la impasibilidad o la dogmática. Por eso, excluir un pronunciamiento sobre él por medio de actos tan "inocentes" como la entrega del Premio Carmen Tagle, sobre la base de la imparcialidad judicial, es un retroceso en la función actual del juez. Es claro exponente del malsano corporativismo judicial. Por un lado en la propiedad de los bienes públicos, y por otro en la defensa de un juez anodino, piña con el resto, que se autodefende limitando cualquier intromisión de lo social y de lo que la sociedad le requiere. La independencia judicial es algo distinto de la balanza que porta la Diosa Justicia. Preservarla supone darle una mayor dimensión, con el alcance social que se requiere, dejando fuera actos de corporativismo en defensa de unas pretendidas funciones frente a los interlocutores sociales.

9. La replica a la actitud involucionista de la Sala de Gobierno la tenemos en la persona que recogió el premio. Un miembro de esa "comunidad" judicial, integrante de un colectivo social, de un grupo de presión de la sociedad. Muestra de la realidad que se impone, frente a la que manifestaciones teóricas de defensa de la división de poderes o de la independencia judicial todavía se evidencian con mayor intensidad. Al corporativismo se opone la valentía de afrontar las responsabilidades y los retos, con la formación necesaria por parte de los jueces, para hacer frente a los mismos con razonamientos claros y actuales. Entendibles e integrables dentro de la sociedad. Complejo en el que se desarrolla su función y de la cual no se puede prescindir, al menos conscientemente.

Habrà que cuestionar el paradigma actual para dar cabida a otros nuevos. En otro caso será difícil justificar teóricamente lo que son representaciones de conductas corporativistas. En definitiva, la defensa de un poder judicial fuera de lo social, induce a la protección de intereses distintos a aquellos que le sirven de fundamento, desprestigiando el avance científico y metodológico, invitando a la reacción y a recordar aquel principio de la ilustración: "sapere aude".

## Las acciones positivas<sup>1</sup>

Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI

Es más fácil quebrar un átomo que extirpar un prejuicio de la mente humana (Albert Einstein)

### I. ALGUNAS NOCIONES PREVIAS VINCULADAS A LA IGUALDAD

La mejor comprensión del tema requiere distinguir las relaciones de la persona frente al Estado, frente a la naturaleza y frente a la sociedad.

#### 1. Las relaciones de la persona frente al Estado

Las constituciones decimonónicas regularon, fundamentalmente, la relación Persona-Estado. Desde esta perspectiva, las libertades, derechos y garantías, incluida la igualdad, tienen, fundamentalmente, efecto vertical. La principal obligación del Estado, entonces, es mantener un ordenamiento en el que todos sean iguales.

Para comprender mejor este punto inicial del razonamiento es conveniente distinguir las siguientes nociones:

a) *Igualdad en la ley*: se trata de un mandato dirigido principalmente al legislador, para que regule las diversas situaciones sin hacer discriminaciones odiosas<sup>2</sup>. Normalmente, es una noción fácilmente verificable pues hay discriminaciones obvias; por ej., en 1880 la Corte Federal norteamericana dijo: "Si una ley excluyera a todos los hombres blancos de prestar servicios como jurados, nadie podría decir que no se ha privado a los hombres blancos de la protección igualitaria de la ley"<sup>3</sup>.

Sin embargo, las cosas no se muestran siempre con tanta claridad; justamente, la noción de *discriminación indirecta* u oculta permite valuar el impacto negativo (*impatto* negativo, en la terminología italiana) de ciertos actos y comportamientos aparentemente neutros y formalmente iguales<sup>4</sup>. Por lo

demás, muchas veces, la apreciación de la discriminación depende de la época, el contexto histórico, la formación cultural, etc. Por ejemplo, en el siglo pasado (a comienzos de éste, incluso), ningún autor argentino reprobó la fórmula constitucional que, no obstante reconocer expresamente la libertad de cultos a los extranjeros, se la negó a algunos aborígenes, desde que era obligación estadual convertir a los indígenas al catolicismo; esta forma clara de discriminación recién fue superada en este país por su reforma de 1994<sup>5</sup>.

b) *Igualdad ante la ley*: es propia de la aplicación de la ley y, consecuentemente, es una regla dirigida y aplicada fundamentalmente por los jueces.

La interpretación judicial juega un rol superlativo y la pregunta a contestar es: ¿cuál es la función del juez y del legislador frente a los comportamientos sociales? Sobre el punto, cabe recordar que en 1896, en el caso *Plessy c/Ferguson*, no obstante que ya se había introducido la enmienda XIV (regla de la igualdad ante la ley), la Corte Suprema de los EE.UU., con el voto disidente del juez Harlan, consagró la validez de la regla "*sepa-*

"El principio de igualdad y el derecho comunitario", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As.*, año XLII, 2ª época, n° 35, 1997. En EE.UU. las discriminaciones indirectas han sido atacadas a través de la teoría del impacto desigual (*disparate impact*). Esta teoría condena la utilización de criterios aparentemente neutrales pero que provocan un resultado de hecho desfavorable para los integrantes de colectivos protegidos, cuando tales criterios o requisitos no son necesarios para la correcta ejecución del trabajo. Se funda en datos estadísticos y ha sido aplicada, tanto para el acceso cuanto a la promoción en el trabajo. Así, por ej., en 1989, en *Wards Cove Packing c/Antonio* se planteó si la contratación por una empresa de más personas pertenecientes a minorías raciales que de blancos para los trabajos peor remunerados no constituía un caso de impacto desigual. Aunque el tribunal entendió que no había discriminación, quedó configurado el sistema de análisis estadístico comparativo. En opinión de algunos autores, esta sentencia, influenciada por el gobierno republicano, sirvió para atemperar la reacción negativa del Ejecutivo frente a la tendencia que legitimaba las políticas de acciones positivas; la Corte suavizó la teoría del impacto desigual utilizando baremos más favorables al empresario. Además, esta sentencia tuvo una consecuencia adicional: hasta ese momento, los tribunales habían aplicado la inversión total de la carga de la prueba, lo que implicaba que si existía duda o ambigüedad sobre la justificación empresarial la presunción de discriminación no se destruía; a partir de 1989, en cambio, la duda sobre los extremos no desemboca en una sentencia contraria al empleador porque se entiende que la carga de la prueba permanece en el demandante (Cit. por Ballester Pastor, María A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1994, pág. 97).

<sup>5</sup> Circunstancia recordada por Kiper, Claudio Marcelo, *Derecho de las minorías ante la discriminación*, Bs. As., ed. Hammurabi, 1998, pág. 170.

<sup>1</sup> Este trabajo es reelaboración de mi artículo "Las acciones positivas en la Reforma Constitucional (art. 75 inc. 23 CN)", incorporado en la obra colectiva "La incidencia de la Reforma Constitucional en las distintas ramas del derecho", publicación de Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Serie II, Obras, N° 27, 1998, pág. 81. Se han incorporado algunas novedades de la jurisprudencia de la Corte de la Unión Europea, citas doctrinales de trabajos aparecidos con posterioridad, y novedades sobre la jurisprudencia norteamericana.

<sup>2</sup> Compulsar, entre otros, Jouanjan, Olivier, "Le principe d'égalité devant la loi en Droit allemand", Paris, *Economica*, 1992, pág. 11.

<sup>3</sup> *Strauder c/ West Virginia*, cit. por Currie, David, *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, trad. de V. Gómez, Bs. As., Zavalla, 1988, pág. 93

<sup>4</sup> Para la noción de discriminación indirecta ver, de mi autoría,

rados pero iguales” y decidió que una ley que permite la segregación racial bajo condiciones separadas pero iguales no viola la garantía constitucional de la protección igualitaria de las leyes<sup>5</sup>. Se trataba de una ley de Louisiana que segregaba racialmente a los pasajeros de los ferrocarriles. Plessy era en 7/8 caucásico (blanco) y un 1/8 afroamericano; fue asignado al vagón de los afroamericanos; dado que insistió en encontrar lugar en el vagón de los blancos, fue obligado a descender del tren y arrestado. La Corte dijo que la mera distinción legal entre raza blanca y de color no destruye la igualdad ni convierte a una en sierva de la otra y que la enmienda 14 no pretende una igualdad social distinta; las leyes que imponen la separación —explicó— no implican establecer que una raza es superior o inferior a la otra; simplemente son actos del poder de Policía de un Estado. Finalmente, según la Corte “no es misión de la ley erradicar el prejuicio o imponer la integración racial; por el contrario, el encuentro de las dos razas, para ser realmente igualdad social debe ser el resultado de una afinidad natural, de un mutuo reconocimiento de los méritos de una y otra o de un consenso voluntario de los individuos y no el efecto de la intervención del legislador”, porque “la ley es impotente para radicar instintos raciales o abolir distinciones fundadas en la diferencia física, y cualquier intento de hacerlo sólo podrá tener por efecto agravar la dificultad actual”<sup>7</sup>.

La regla “separados pero iguales”, se extendió a los establecimientos de enseñanza sostenidos con fondos públicos. Adviértase que la doctrina Plessy suponía —al menos formalmente— que las facilidades en los servicios públicos debían ser *iguales* para blancos y negros, pero rara vez (por no decir nunca), se daba esa igualdad. Así, por ejemplo, en *Cumming c/ Richmond County Board of Education*, en 1899, la autoridad administrativa escolar transformó una escuela secundaria de negros en una escuela primaria; ni construyó una escuela secundaria para negros ni se permitió a los negros ingresar a la escuela secundaria de los blancos; la consecuencia fue que sólo habían secundarias para blancos; sin embargo, la Corte entendió que no había violación a la regla “separados pero iguales”. En suma, en la práctica, la regla fue “separación pero no igualdad”<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Piénsese que el juez John Harlan había sido propietario de esclavos (Welch, S., and Gruhl, John, *Affirmative action and minority enrollments in medical and law schools*, Michigan, ed. The University of Michigan Press, 1998, pág. 7).

<sup>7</sup> Un argumento similar usó la Corte Federal argentina en un caso no muy lejano para justificar el acto administrativo de la Policía Federal que dispuso la legitimidad del test de detección de sida al que fue sometido un subcomisario sin su consentimiento: “Al trato discriminatorio no se lo combate mediante el ocultamiento de la característica personal que lo suscita sino por la superación cultural del prejuicio que lo motiva” (CSN 17/12/1996, s/n c/ Policía Federal Argentina, ED 172-329, con nota desaprobatoria de Andruet, Armando, *Dignidad humana. Intimidación personal y sida*). Aclaro que, pese a lo expuesto, el tribunal declaró ilegítimo el pase a retiro por “no contener una ponderación de los efectos reales de la deficiencia inmunitaria sobre la aptitud laboral del agente, máxime teniendo en cuenta el carácter de portador asintomático” y, en tal sentido, era discriminatorio y violaba la Convención de los Derechos Humanos. Votaron en disidencia parcial los doctores Fayt y Petracchi.

<sup>8</sup> Welch, S., y Gruhl, John, *Affirmative action and minority en-*

Sin embargo, en *Missouri c/ Canada*, en 1938, la Corte dio un gran paso con relación a las escuelas profesionales y los institutos de enseñanza superior; el estado de Missouri no permitía a los negros ingresar a las universidades blancas y tampoco creaba universidades negras. El Tribunal dijo que el Estado debía hacer una cosa o la otra y argumentó del siguiente modo: si por razones financieras o de otro carácter (por ej., la escasez de talento docente disponible), es imposible que ciertos Estados suministren facilidades iguales a las dos razas en estas áreas de instrucción, debe permitirse el ingreso de todos a la Universidad que se tiene.

Otro paso trascendente se dio en 1950 en *Sweatt c/ Painter*, Texas tenía universidades para negros, pero era palmariamente inferior a la universidad blanca en espacios, bibliotecas, oportunidades para los estudiantes, etc. La Corte dijo que la institución negra no ofrecía a sus alumnos “esas cualidades que no admiten una medición objetiva, pero que determinan la grandeza de una escuela de leyes” y decidió que la situación vulneraba la regla de la igualdad.

Una decisión semejante tomó el mismo año en *McLaurin c/ Oklahoma State Regents*: Oklahoma permitía a los negros asistir a las universidades para blancos, pero había designado una sección especial de las clases, librerías, cafeterías, etc. La Corte dijo que este tipo de organización privaba a los estudiantes de la posibilidad de intercambiar ideas con los compañeros, elemento esencial para la educación.

A esta altura de los acontecimientos, entonces, aunque la Corte no había invalidado la teoría separados pero iguales, había hecho imposible la segregación en las escuelas profesionales<sup>9</sup>.

Se llega así a 1954, año del leading case *Brown c/ Board of Education*; durante la presidencia de Warren, la Corte Federal, por mayoría, fundada en el voto disidente del juez Harlan en el caso *Plessy c/ Ferguson*, abandonó definitivamente la regla segregacionista<sup>10</sup>; con todas las letras el Tribunal afirmó que la segregación racial en las escuelas públicas de los Estados niega el derecho de los estudiantes de raza negra a la garantía de igualdad ante la ley<sup>11</sup>; dijo también que “separar a unos niños

*rollments in medical and law schools*, Michigan, ed. The University of Michigan Press, 1998, pág. 8.

<sup>9</sup> Welch, S., and Gruhl, John, *Affirmative action and minority enrollments in medical and law schools*, Michigan, ed. The University of Michigan Press, 1998, pág. 8.

<sup>10</sup> Compulsar *L'opinione dissenziente*, Milano, ed. Giuffrè, 1995, pág. 199, obra colectiva bajo la dirección de Adele Anzon. Todos los autores señalan la importancia de la disidencia del juez Harlan en Plessy (véase Harris, Angela, “Equality Trouble: Sameness and difference in Twentieth-Century Race Law”, en *California Law Review*, Dec. 2000, vol. 88 n° 6 pág. 1926).

<sup>11</sup> Compulsar Barker, Robert, “El control de constitucionalidad en los Estados Unidos de Norteamérica”, en *Desafíos del control de constitucionalidad* (obra colectiva coordinada por Víctor Bazán), Bs. As., ed. Ciudad Argentina, 1996, pág. 308. Con el caso *Brown* se inicia la época moderna de la jurisprudencia en tomo a la igualdad ante la ley, aunque ya en el caso *Sweatt*, en 1950, la Suprema Corte había declarado contraria a la decimocuarta enmienda una decisión de la facultad de Derecho de la Universidad de Texas que había negado admisión de un estudiante negro; el instituto superior se había fundado en que “las leyes del Estado estipulan que sólo los blancos pueden concurrir a las universidades” (relatado por Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, ed. Ariel, 1984, pág. 327; también por Valle Ace-

de otros, de edad y calificaciones semejantes sólo a causa de su raza, genera un sentimiento de inferioridad acerca de su condición en la comunidad, sentimiento que puede afectar a sus corazones y sus mentes de un modo que probablemente nunca podrá ser reparado”.

Pero la ejecución del mandato judicial de Brown no fue de fácil ejecución. Muchos Estados del sur se opusieron. Los gobernadores de Mississippi y Alabama, personalmente, bloquearon la entrada a los colegios para que los negros no entraran, lo que motivó que el presidente Kennedy enviara tropas federales. Debido a la presión pública, pocos negros se animaban a ir a las escuelas de los blancos. No obstante los esfuerzos de la Corte, los progresos sociales fueron muy lentos y aunque los segregacionistas sabían que perderían la guerra, hacían todo lo posible por demorar el proceso de integración. Diez años después de Brown, en 1964, el 98% de los niños negros todavía iban a colegios negros. Recién ese año los avances fueron visibles, cuando el Congreso dictó la Civil Rights Act y, entre otras disposiciones, cortó la ayuda federal a los escuelas de distritos que segregaban a los negros<sup>12</sup>.

Estas sentencias permitieron que muchas escuelas se integraran racialmente. Sin embargo, dado que hay barrios predominantemente negros, la segregación siguió produciéndose en los hechos. No obstante que el Congreso dictó leyes que prohibían discriminar en los contratos de compraventa o de arrendamientos, de facto, los niños negros iban a una escuela y los blancos a otras. Las Asociaciones de Derechos Civiles propusieron tener servicios de ómnibus que llevaran niños negros a las escuelas blancas y niños blancos a escuelas negras. No obstante que el presidente Nixon era contrario a esta práctica denominada “*busing*”, que Warren se había jubilado y en su lugar había ingresado a la Corte un conservador (Burger), en 1971, por unanimidad, el tribunal convalidó esa práctica en el caso *Swann c/ Charlotte-Mecklenburg Board of Education*. Dijo Burger que las autoridades están facultadas para tomar medidas que preparen a los estudiantes para vivir en una sociedad pluralista, por lo que cada escuela puede tomar medidas de modo que refleje la misma proporción que el distrito presenta como un todo.

Para contrariar esta jurisprudencia, muchos blancos se mudaron de la ciudad a los suburbios y transfirieron sus hijos a escuelas privadas. Las organizaciones civiles propusieron entonces que el sistema del traslado se extendiera al paso de ciudad a los suburbios, pero en 1974, por 5 votos contra 4, la Corte rechazó esta práctica impuesta entre Detroit y los suburbios. Dijo que había que acreditar que existía en estas prácticas una voluntad segregacionista.

vedo, Aldo, “Discriminación inversa o desfiguración de la igualdad: una reflexión liberal y progresista”, en *Ronald Dworkin, Estudios en su homenaje, Rev. de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, Chile, 1993, pág. 464).

<sup>12</sup> Welch, S., y Gruhl, John, *Affirmative action and minority enrollments in medical and law schools*, Michigan, ed. The University of Michigan Press, 1998, pág. 10.

En suma, la Corte eliminó la segregación de iure, pero no pudo con la segregación de facto; algunos dijeron que el tribunal y las asociaciones habían sido excesivamente ingenuos<sup>13</sup>.

Varias décadas más tarde hay que reconocer que muchas escuelas son en su totalidad de negros o blancos; la explicación es que negros y blancos tienden a vivir en distintos barrios y las normas obligan a los niños a asistir a las escuelas de su propio barrio; estas disposiciones persiguen un legítimo interés de eficiencia, pero en los hechos generan discriminación.

Hoy la Corte Federal norteamericana resuelve que lo que la Constitución prohíbe es el trato diferencial por motivos de raza pero no exige un accionar concreto para alcanzar un equilibrio racial. Así por ejemplo, un departamento de policía puede establecer estándares idénticos para los postulantes negros y blancos, aún cuando un número desproporcionado de negros no sea capaz de satisfacerlos si esos requisitos no están motivados en prejuicios raciales. En tal sentido ha insistido en que “la Constitución meramente protege al individuo contra el accionar ilegal del gobierno pero el Estado no tiene que eliminar las diferencias de hecho que no causó”<sup>14</sup>.

c) *Igualdad por la ley*: el Estado corrige ciertas desigualdades de hecho a través de la ley<sup>15</sup>. Teniendo en miras esta igualdad se ha dicho: “Legislar quiere decir clasificar, crear disparidad entre los sujetos del ordenamiento”<sup>16</sup>. Todo cuanto digo de aquí en más está destinado, principalmente, al desarrollo de la noción de igualdad *por la ley*.

## 2. La persona frente a la naturaleza

La igualdad por la ley o a través de la ley implica reconocer las desigualdades de la naturaleza. Así se ha dicho: “Los hombres nacen iguales, pero en todos lados son diferentes”. En esta línea argumentaba Vauvenargues en el siglo XVIII: “Es falso que la igualdad sea una ley de la naturaleza. La naturaleza no ha hecho nada igual; su ley soberana es la subordinación y la dependencia. El nacimiento nos ha hecho hermosos o feos, vigorosos o endebles, inteligentes o estúpidos, con un carácter enérgico o vacilante”<sup>17</sup>.

La afirmación “todos los hombres han sido creados iguales” no es, entonces, una verdad científica, sino una afirmación política<sup>18</sup>. En este sentido decía Rousseau: “Debido a que la fuerza de las circuns-

<sup>13</sup> Welch, S., y Gruhl, John, *Affirmative action and minority enrollments in medical and law schools*, Michigan, ed. The University of Michigan Press, 1998, pág. 11.

<sup>14</sup> Cit. por Currie, David, *Introducción a la constitución de los Estados Unidos*, trad. de V. Gómez, Bs. As., Zavalia, 1988, pág. 95.

<sup>15</sup> Pellissier, Gilles, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, pág. 25.

<sup>16</sup> Compulsar Santucci, Rosario e Zoppoli, Lorenzo, “Finalità della legge e questioni di costituzionalità”, en *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, obra colectiva dirigida por Lorenzo Gaeta - Lorenzo Zoppoli, Torino, ed. Giappichelli, 1992, pág. 27.

<sup>17</sup> Cit. por Servais, Jean Michel, *Emancipación de los trabajadores desfavorecidos y el derecho internacional del trabajo*, DT LII-B 1992-B-1763.

<sup>18</sup> Compulsar Cabiddu, Maria Agostina, *Maggioranza, minoranza, eguaglianza*, Padova, Cedam, 1997, pág. 28.

tancias tiende siempre a destruir la igualdad, la fuerza de la legislación debe tender siempre a mantenerla". La obligación del Estado, entonces, no es abstenerse; por el contrario, está llamado a promover la igualdad a través de medidas concretas, a volverla más real, a corregir las desigualdades naturales y sociales, a emancipar a las víctimas de los desequilibrios sociales<sup>19</sup>.

### 3. La persona frente a la sociedad. La noción de igualdad sustancial

Toda persona vive en sociedad y, consecuentemente, no sólo se relaciona con el Estado sino también con otras personas individuales y con grupos de personas (más o menos fuertes económica y técnicamente).

La toma de conciencia de esta realidad ha hecho que el problema de la libertad hoy se plantee al nivel de los poderes de la sociedad civil: "No importa tanto que el individuo sea libre respecto del Estado si después no es libre en la sociedad. Lo que caracteriza a la sociedad tecnocrática no es el hombre esclavo, el hombre siervo, sino el no hombre, el hombre reducido a autómatas, a engranaje de una gran máquina". "La sociedad, en su totalidad, se considera como una inmensa competición para la consecución de bienes escasos y el principio de igualdad de oportunidades, elevado a principio general, apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo partiendo de posiciones iguales. Ahora bien, hay que atender al hecho de que, precisamente, si situamos individuos desiguales por nacimiento en las mismas condiciones de partida, puede ser necesario favorecer a los más desposeídos y desfavorecer a los más acomodados, es decir, introducir artificialmente, o bien imperativamente, discriminaciones de otro modo no existentes, como sucede en algunas competiciones deportivas en las que a los competidores menos experimentados se les concede una cierta ventaja respecto de los que lo son más. De tal modo, una desigualdad se convierte en instrumento de igualdad, por el simple motivo de que corrige una desigualdad precedente; la nueva igualdad es el resultado de la nivelación de dos desigualdades"<sup>20</sup>.

Este punto de partida presupone la distinción entre igualdad formal y sustancial; igualdad de derecho y de hecho; *law in books/law in action*<sup>21</sup> expresiones que hoy tienen un lugar destacado en el lenguaje de los juristas.

<sup>19</sup>Servais, Jean Michel, *Emancipación de los trabajadores desfavorecidos y el derecho internacional del trabajo*, DT LII-B 1992-B-1764.

<sup>20</sup>Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, págs. 79 y 150. Conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, *La función delimitadora de las normas de derecho privado*, LL 1995-D-1221.

<sup>21</sup>Compulsar, Gianformaggio, Letizia, *Egualianza formal e sostanziale: il grande equivoco, Il foro italiano*, anno CXX n° 6, Giugno 1996, págs. 1963.

### 4. Algunas figuras jurídicas que presuponen la distinción entre igualdad formal y sustancial

Muchas figuras jurídicas existentes en los más diversos ámbitos reconocen su fundamento en la idea de igualdad sustancial y, consecuentemente, tienden a equiparar situaciones reales desiguales. Véanse estos dos ejemplos:

a) La noción de "patrimonio común de la humanidad": aunque las cosas sean *res communis*, son los Estados poderosos las que las usan y disponen de ellas<sup>22</sup>; por eso, como respuesta a la creciente inquietud mundial al peligro de agotamiento de los recursos fitogenéticos de nuestro planeta, la Conferencia de la FAO en su resolución 8/83 emitió una declaración cuyos principios básicos son:

— Los recursos fitogenéticos son un patrimonio de la humanidad.

— Por esta razón, deben estar disponibles para su utilización en beneficio de la generación presente y las futuras<sup>23</sup>.

— Los espacios y los recursos comprendidos en tal patrimonio quedan de hecho sujetos a un régimen específico, cuyos elementos básicos son:

\* La prohibición de apropiaciones nacionales.

\* El destino para fines pacíficos.

\* Su utilización en interés de la humanidad, con especial atención a los países y sectores más desprotegidos.

\* Creación de un organismo internacional dotado de poderes adecuados para gestionar el patrimonio (internacionalismo institucional).

b) *Derecho de réplica*: frente a las intromisiones a la intimidad y los ataques al honor, es necesario poner a las personas en el mismo punto de partida que a los poderosos medios masivos de comunicación; de allí el reconocimiento del *derecho de réplica* contra quien se ubica en una posición económica y técnica que hace posible la injerencia o ataque<sup>24</sup>.

## II. LAS ACCIONES POSITIVAS O MEDIDAS DE DESIGUALDAD JUSTIFICADA

### 1. Concepto

No hay acuerdo doctrinal sobre el contenido de la expresión "acciones positivas"<sup>25</sup>. Con el fin de facili-

<sup>22</sup>Pureza, José M., "Égalité juridique, inégalité économique et patrimoine commun de l'humanité. Le problème institutionnel", en *Mélanges offerts à Jorge Campinos*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, pág. 381.

<sup>23</sup>Grupo de Trabajo Guillermo Cabanellas, "El compromiso internacional sobre recursos fitogenéticos; análisis del concepto jurídico de patrimonio común de la humanidad y sus implicaciones en el ámbito del derecho internacional", en *Ambiente y Recursos naturales*, vol. II n° 4. Octubre-diciembre 1985, pág. 80. La noción de patrimonio común de la humanidad es más filosófica que jurídica pues no hace mención a una real titularidad. Aunque tiene antecedentes en los siglos XVII y XVIII, fue acuñada, en su sentido moderno, en un discurso pronunciado por Arvid Pardo, representante de Malta ante las Naciones Unidas refiriéndose a los fondos marinos y a sus recursos. Se formuló en posición a quienes fundaban un derecho tradicional del mar, un derecho soberano de los Estados costeros a fin de explotar los recursos económicos marinos.

<sup>24</sup>Jouanjan, Olivier, *Le principe d'égalité devant la loi en Droit allemand*, Paris, Economica, 1992, pág. 153.

<sup>25</sup>Al parecer, la expresión "affirmative action" apareció por

tar el contenido de estas reflexiones, transcribo el concepto emanado del Comité para la igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de Europa: "Estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales".

También se las ha descrito como "medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad, sobre todo mediante las desigualdades de hecho"<sup>26</sup>; "programa público o privado, diseñado para igualar las oportunidades de admisión para los grupos históricamente desaventajados, tomando en consideración aquellas mismas características que han sido usadas para negarles un tratamiento igualitario"<sup>27</sup>; "atribución de ventajas a determinadas categorías (individualizadas sobre la base de uno de los factores que, en principio, prohíben establecer diferencias) respecto de las cuales se ha demostrado una historia de discriminación que les ha limitado las posibilidades de acceso"<sup>28</sup>; "instrumento de cambio en el seno de una estructura dada en la cual se delimita una nueva frontera de la igualdad", etc.

## 2. Objetivos

El objetivo de la acción positiva es, genéricamente, el establecimiento de una igualdad de hecho entre un grupo dominante y un grupo discriminado. En principio, no tienen por finalidad la igualdad entre los individuos, aunque, obviamente, el mejoramiento del grupo trae el de los individuos que lo forman<sup>29</sup>.

---

primera vez en el New Deal Wagner Act de 1935; se la define como la obligación positiva del Departamento Nacional de Relaciones Laborales (National Labor Relations Board) de remediar las prácticas desleales de los empleadores, ordenando a los ofensores cesar y desistir de esa práctica. Pero es sólo en 1981, con la orden del presidente Kennedy que establece un Comité presidencial para igual oportunidad en el trabajo, que se habla de *affirmative action* en el sentido de política activa para contrarrestar la discriminación (Compulsar Peters, Anne, *Women, Quotas and Constitutions*, London, ed. Kluwer Law, 1999, pág.31).

<sup>26</sup> Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, ed. McGraw-Hill, 1995, pág. 85 (aunque el autor trata, exclusivamente, la problemática de las acciones positivas en beneficio de la mujer).

<sup>27</sup> Rosenfeld, cit. por Dassen, N., y Nattero, P., "Ley de cupos: ¿discriminación o igualdad?", en *Lecciones y Ensayos*, 1995 n° 82, pág. 180.

<sup>28</sup> Ulloa, Francesca Cuomo, "Evoluzione o involuzione dell' 'affirmative action' nell'esperienza americana: problemi processuali", en *Riv. Trim. di Diritto e Procedura Civile*, marzo 1997, anno LI n° 1, pág. 164. Se ha señalado, con razón, que el tema eterno relativo al trabajo de la mujer ha sido conciliar la función de la mujer dentro y fuera del hogar, su rol de madre y otros roles sociales. La Constitución italiana parte de la base de que la mujer tiene un rol que desempeñar dentro de la familia; la ley 125/1991, en cambio, establece que este es un estereotipo y que deben tomarse medidas legales para desdibujar este estereotipo social porque es, de por sí, fuente de discriminación.

<sup>29</sup> Charpentier, Louis, "L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité", *Rev. Trim. de Droit Européen* 1996 n° 2 pág. 294. Por eso, algunos autores distinguen entre acciones positivas (tienden a invertir la desigualdad material de los colectivos que comparten determinados rasgos) y otros tratos desiguales, conocidos como "medidas de igualdad positiva", basados en un rasgo individual, objetivo, generalmente económico, cuyo fin es la igualdad material entre los ciudadanos individualmente considerados (por ej., otorgar becas para cursar estudios, exención fiscal para las rentas bajas, etc.). Se afirma que las acciones que se promueven para mejorar la situación de

Por lo demás, cada plan de acción positiva puede perseguir objetivos específicos. Así, por ejemplo:

— Los programas universitarios que favorecen la entrada de los negros no persiguen que los pacientes negros sean atendidos por médicos negros, clientes negros por abogados negros; sí sirven para dar la posibilidad a los negros de tener confianza en quien los atiende desde que en una sociedad que discrimina no es arbitrario que un negro piense que un médico blanco no lo tratará igual que a un paciente blanco. Pero, fundamentalmente, tienen por fin mejorar el nivel profesional, social y económico de la gente de color y formar, desde la universidad, un ámbito propicio para la ayuda y solidaridad entre los hombres, cualquiera que sea su raza. Lo cierto es que en estos últimos años las estadísticas prueban que los pacientes negros son atendidos, mayormente, por médicos negros y los pacientes hispanos buscan generalmente los médicos hispanos<sup>30</sup>.

— La ley italiana 125/1991 del 20/3/1991<sup>31</sup> declara los siguientes objetivos:

\* Eliminar disparidades de hecho en materia de formación profesional, acceso al trabajo, promoción profesional y condiciones de trabajo que repercuten negativamente en la mano de obra femenina.

\* Incrementar la diversificación de la elección profesional de las mujeres, en particular a través de

---

los discapacitados sirven para comprender la diferencia entre las acciones positivas (que tienen en miras el colectivo) y otras medidas de igualdad positiva (basadas en un rasgo individual, objetivo e indubitado, generalmente económico de un determinado sujeto). Por ej., si un discapacitado psíquico no tiene las habilidades completas para alcanzar el 100% de productividad en un empleo y accede en virtud de una cuota, estamos ante una medida de igualdad positiva, pues lo que se compensa es una desventaja indubitada, objetiva a individual del discapacitado para alcanzar ese bien social que es el trabajo. Se lo favorece por un rasgo individual y objetivo, que es su discapacidad. Pero no todos los tratos preferentes que favorecen a los discapacitados responden a este esquema. Los discapacitados pertenecen a un grupo minusvalorado. Por la pertenencia a este grupo, le son negados trabajos que perfectamente podrían desempeñar al 100% de productividad al no interferir su minusvalía en el desarrollo del mismo (le es más difícil a un parapléjico, por el hecho de pertenecer al grupo discapacitados, conseguir un trabajo de despacho, como el de director de sucursal bancaria, que sin embargo podría realizar al 100% de productividad). Frente a esta discriminación social por su pertenencia al grupo de discapacitados, la Constitución española establece una cláusula específica de no discriminación (Giménez Gluck, David, "Caracteres constitucionales de la acción positiva", en *La Justicia constitucional en el Estado democrático*, obra colectiva coordinada por Espín Templado, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2000, pág. 336/337). Por esta razón, frente a las típicas acciones positivas, un discapacitado, o una mujer, etc., no necesita probar su condición de víctima actual de una conducta o acto discriminatorio concreto e identificable. La idea es que todas las mujeres, todos los discapacitados, etc., sufren los efectos de la discriminación social por su mera pertenencia al colectivo. El recurso a la prueba estadística constituye el medio fundamental para demostrar dicha situación de discriminación (Conf. Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, ed. Consejo Económico y social, 1999, pág. 194).

<sup>30</sup> Welch, S., and Gruhl, John, *Affirmative action and minority enrollments in medical and law schools*, Michigan, ed. The University of Michigan Press, 1998, pág. 24.

<sup>31</sup> La ley italiana 125/1991 no regula de modo específico ninguna acción afirmativa; al parecer, el legislador italiano optó por otorgar al sindicato competencia en la elaboración de planes de acción positiva, a pesar del rol (no precisamente impulsor de las medidas igualitarias) tradicionalmente jugado por las organizaciones sindicales (Ballester Pastor, Mana A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia, ed. Tirant lo blanch, 1994, pág. 102; Ulloa, Francesca Cuomo, "Evoluzione o involuzione dell' 'affirmative action' nell'esperienza americana: problemi processuali", en *Riv. Trim. di Diritto e Procedura Civile*, marzo 1997, anno LI n° 1, pág. 159 y ss).

la orientación educativa y profesional y de los instrumentos de formación.

\* Favorecer el acceso al trabajo autónomo y a la formación empresarial; romper la segregación del mercado de trabajo.

\* Ayudar, mediante una diversa organización y tiempo del trabajo el equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales y una mejor repartición de tales responsabilidades entre los dos sexos<sup>32</sup>.

\* Promover la inserción de la mujer en las actividades, sectores profesionales y niveles en los que estén subrepresentadas y, en particular en los sectores tecnológicamente avanzados y en los niveles de responsabilidad.

### 3. Terminología

Para describir este instrumento se utilizan diversas expresiones. Para algunos autores, todas son análogas; en este sentido se lee: "La constitucionalización de estas facultades, conocidas también como *acciones afirmativas* o supuestos de *discriminación inversa*...<sup>33</sup>"; "Las medidas de acción positiva, antes mal denominadas medidas de discriminación inversa o discriminación positiva..."<sup>34</sup>.

En Europa se usa preferentemente la voz *acción positiva*, aunque muchas veces sólo se hace referencia a aquellos casos en que, a la manera tradicional, la ley o el reglamento trata de modo distinto a los diferentes<sup>35</sup>.

En EE.UU. un sector doctrinal diferencia:

— acciones afirmativas (*affirmative action*) o acciones positivas (*positive action*)<sup>36</sup> y

— discriminación favorable; discriminación adversa, discriminación inversa o benigna (*reverse or benign discrimination*) o cuotas benignas<sup>37</sup>.

Otro, en cambio, parece distinguir:

<sup>32</sup> Este objetivo aparece íntimamente unido a la teoría de Walzer sobre las *esferas de la Justicia*. En efecto, la ley advierte que las discriminaciones de las que las mujeres son víctimas en la esfera profesional son el fruto de una contaminación de injusticia en su situación en la esfera privada (desigual repartición de los trabajos domésticos entre cónyuges). Las mujeres son mayoritariamente tratadas en la esfera de la producción como trabajadoras sin un proyecto porque ya están investidas en la esfera privada de un rol social fundamental, el de ser madres y guardianas del hogar. Consecuentemente el objetivo perseguido por las acciones positivas no es sólo restablecer las fronteras entre la esfera privada y la profesional sino igualmente redibujar los roles. (Para la teoría de Walzer, véase *Pluralismo, Justicia e Igualdad*, obra colectiva dirigida por David Miller y Michael Walzer, México, Fondo de Cultura Económica, 1997).

<sup>33</sup> Midón, Mario, *Manual de Derecho constitucional argentino*, Bs. As., Plus Ultra, 1997, n° 136, pág. 366.

<sup>34</sup> Vega, Juan C y Graham, Manisa A., *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Bs. As., Astrea, 1996, pág. 76.

<sup>35</sup> Compulsar Assanti, Cecilia, "Azioni positive: confini giuridici e problemi attuali dell'eguaglianza di opportunità", en *Riv. Italiana di Diritto del Lavoro*, anno XV, 1996 n° 4, pág. 378.

<sup>36</sup> El presidente Kennedy dudó entre la expresión "*affirmative action*" y "*positive action*". Dijo haber preferido la primera por tener alteraciones, palabra que según el diccionario español significa uso de palabras que repiten ciertos sonidos (Welch, S., y Gruhl, John, *Affirmative action and minority enrollments in medical and law schools*, Michigan, ed. The University of Michigan Press, 1998, pág. 13).

<sup>37</sup> La expresión "discriminación negativa" tiene una cierta connotación crítica o peyorativa, que prejuzga negativamente su justificación; sin embargo, no hay alternativa que describa mejor la naturaleza de la medida (Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 2° de, Bs., As., Astrea, 1997, t 2 n° 1009).

— *benign discrimination* (lícita) y

— *reverse discrimination* (impacto ilícito provocado por la adopción de criterios diferenciales para los trabajadores discriminados sobre los trabajadores no culpables).

Algunos dan a estas expresiones los siguientes contenidos:

— *Acciones afirmativas*: acciones destinadas a combatir las discriminaciones *directas*; sancionan y corrigen las discriminaciones directas pasadas y suponen, eventualmente, estrategias voluntarias adoptadas libremente por los empleadores para remediar las discriminaciones directas actuales.

— *Acciones positivas*: acciones orientadas a combatir las discriminaciones *indirectas* que no resultan necesariamente de actitudes discriminatorias adoptadas intencionadamente o no por un empleador en particular, sino que provienen principalmente de discriminaciones sociales<sup>38</sup>.

Respecto de los sistemas de cuotas se discierne entre:

— *Cuotas por decisión*: en caso de contratación o promoción, a *igualdad de cualificación*, las mujeres tienen preferencia frente a candidatos varones.

— *Cuotas por resultados u objetivos*: fijan objetivos de igualdad a lograr en un determinado período de tiempo y si la cuota no se consigue en el plazo previsto, obliga a justificarlo demostrando la existencia de motivos objetivos para la selección no relacionados con el sexo<sup>39</sup>.

### 4. Distinción entre acciones positivas y políticas de diferenciación legal para la igualdad

Analícense los siguientes ejemplos:

— Un intendente resuelve hacer rampas para minusválidos en lugares públicos.

— El mismo funcionario reserva un porcentaje de los cargos municipales para los minusválidos.

En el primer caso, simplemente ha tomado una resolución política de diferenciación para la igualdad; en el segundo, en cambio, ha decidido un supuesto de acción positiva o discriminación inversa (según la terminología de otros autores).

Las políticas de diferenciación para la igualdad son una práctica muy común en las sociedades contemporáneas. Así, por ej., se proveen becas sólo para estudiantes económicamente necesitados<sup>40</sup>; se fomenta la radicación de industrias en regiones o zonas muy deprimidas; se construyen instalaciones especiales para minusválidos en transportes y edificios públicos; en el ámbito impositivo se atribuyen cargas fiscales desiguales según

<sup>38</sup> Comisión de la Mujer, Mujer y empleo, Valencia, ed., Femp, 1989, pág. 29.

<sup>39</sup> Compulsar Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel, "Discriminación, igualdad de trato y acción positiva", en obra colectiva *La igualdad de trato en el derecho comunitario laboral*, bajo la dirección de J. Cruz Villalón, Madrid, Aranzadi, pág. 99.

<sup>40</sup> La educación, bien se ha dicho, es uno de los aspectos donde la igualdad de oportunidades debe tener aplicación relevante (Barbarosch, Eduardo, "La igualdad real de oportunidad en la reforma de la constitución nacional", en *Estudios sobre la reforma constitucional de 1994*, obra colectiva coordinada por G. Bidart Campos y H. Sandler, Bs. As., Depalma, 1995, pág. 93).

los tramos de ingresos, se otorgan exenciones en bienes de primera necesidad, etc.<sup>41</sup>. La posible exclusión o rechazo de estas medidas se presenta sólo como una cuestión de oportunidad o conveniencia política, debido a la escasez de recursos y a la prioridad de tal o cual política, pero no como un problema constitucional.

La acción positiva, en cambio, impone medidas diferenciadoras directamente encaminadas a privilegiar a determinados grupos minoritarios (o tratados como si fuesen minorías), como pueden ser las concesiones de viviendas a bajo precio a colectivos de gitanos, subsidios a las empresas que contratan a trabajadores minusválidos, etc.<sup>42</sup>. Se parte de la idea de que el derecho tiene una función de promoción, no tanto de la protección de los intereses que entiende valorizar cuanto del mismo comportamiento de los interesados. "La norma jurídica es valuada, entonces, como un componente interno del sistema económico, en la medida que interfiere en el ambiente con el fin de garantizar una determinada regulación social"<sup>43</sup>. Sus detractores no sólo impugnan las medidas por ser social o económicamente inconvenientes o inoportunas, sino por ser radicalmente injustas e inconstitucionales.

## 5. Elementos

La acción positiva se caracteriza por los siguientes elementos:

a) La medida diferenciadora se refiere a un tipo de desigualdad por rasgos que, como el sexo, la raza o similares, tienen una doble cualidad:

— Son transparentes e inmodificables para los individuos que lo portan.

— Son considerados por la sociedad —tendencial o generalmente, aunque no necesariamente— de forma negativa, sea sólo minusvaloradora, sea también despectiva y hasta estigmatizadora.

b) Se produce en una situación de especial escasez, como sucede con los puestos de trabajo, plazas universitarias, viviendas, etc., lo que provoca que el beneficio de ciertas personas tiene como contrapartida un claro y visible perjuicio a otras.

No hay coincidencia doctrinal sobre si hay un verdadero derecho subjetivo del ciudadano frente al Estado para que tome este tipo de medidas. Para algunos, la respuesta es decididamente negativa: las acciones positivas son sólo una técnica posible o permitida en manos del legislador bajo las condiciones estrictas de derecho constitucional, pero no pueden serle impuestas al Estado si éste no quiere asumirlas<sup>44</sup>. Para otros, en cambio, en el derecho argentino, las medidas previstas

en el artículo 75 inc. 23 implican la obligación de legislar y promover políticas tendientes a efectivizar la igualdad de trato y oportunidad respecto de las personas más frágiles, como son los niños, los ancianos, los discapacitados, etc.<sup>45</sup>.

## 6. Visiones frente al problema

El tema puede ser abordado desde tres visiones diferentes: una visión simétrica o formal; una asimétrica o sustancial y una tercera transaccional, que pone el acento en la igualdad de oportunidades<sup>46</sup>.

### a) Visión simétrica o formal

Esta posición implica:

— Caracterizar la justicia como un concepto a priori, formulado independientemente de su contexto histórico o político.

— Dar primacía a lo individual sobre lo social y hacer prevalecer a *outrance* la responsabilidad individual; una persona sólo puede ser responsable de sus propias acciones.

— Aceptar que el Estado debe neutral; por eso, por ejemplo, no puede dictar leyes que prohíban a los negros ingresar a las universidades públicas pero tampoco debe favorecer el acceso.

### b) Visión intermedia o de la igualdad de oportunidades

Reconoce las sombras y dificultades de la noción formal de igualdad, pero su punto de partida sigue siendo el individualismo propio de la visión simétrica.

Sostiene que el Estado sólo debe poner a todos en el mismo punto de partida pero no preferir en el punto de llegada por el solo hecho de pertenecer a un determinado grupo o colectivo. Por ejemplo, si es de práctica exigir altas notas obtenidas en el colegio para acceder a cargos que no requieren calidades especiales, recaudo que produce la exclusión de los postulantes pertenecientes a las clases menos favorecidas económicamente, se dispone eliminar el requisito para que todos estén en el mismo punto de partida.

### c) Visión asimétrica o sustancial

Esta posición parte de las siguientes nociones:

— La noción de justicia no es formal; hay que sustituirla por la de la realidad y verificar que, en los

<sup>41</sup> Barbarosch, Eduardo, "La igualdad real de oportunidad en la reforma de la constitución nacional", en *Estudios sobre la reforma constitucional de 1994*, obra colectiva coordinada por G. Bidart Campos y H. Sandler, Bs. As., Depalma, 1995, pág. 93.

<sup>42</sup> Ruiz Miguel, Alfonso, "Discriminación inversa e igualdad", transcripto en *Derechos Humanos. Textos y casos prácticos*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1996, pág. 169.

<sup>43</sup> Mazzotta, Oronzo, *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Torino, ed. Giappichelli, pág. 228.

<sup>44</sup> Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, ed. Mc Graw Hill, 1995, pág. 86.

<sup>45</sup> Minyersky, Nelly, "La adopción internacional. Convención sobre los derechos del niño. Constitución de 1994", *Rev. Derecho de Familia*, Bs. As., A. Perrot, 1997, n° 11 pág. 23.

<sup>46</sup> Este planteo de las tres visiones corresponde a la profesora Sandra Fredman, de la Universidad de Oxford. Su trabajo inédito *Reversing discrimination: Kalanke assessed*, me fue entregado en Luxemburgo, como un borrador (paper), por un prestigioso juez de la Corte Europea; se expresa allí que no puede ser citado sin autorización de la autora; sin embargo, dado que hasta el momento no he podido comunicarme con ella, creo más honesto mencionarla (aunque con la anterior aclaración) que omitir el origen o fuente inspiradora de las ideas que explico en el texto, actitud que sería académicamente imperdonable.

hechos, hay grupos que sufren desigualdades y perjuicios. En tal sentido, cabe recordar la frase del presidente Johnson pronunciada en 1971 en la Universidad de Howard: "*It is time to go beyond; equality as a right and theory to equity as a fact and equality as a result*". En tal sentido, el Departamento de Trabajo y el Presidente consideraban la igualdad en el resultado como la extensión lógica de la igualdad de oportunidades<sup>47</sup>.

— El hombre se inserta dentro de grupos; su posición social no es irrelevante; carga con los beneficios pero también con los riesgos de su pertenencia.

— Cuando la Constitución se ve como un cuerpo que protege a la persona sólo frente a los avances del Estado, lo único que cabe reclamarle es neutralidad; por el contrario, cuando se analizan las relaciones de los hombres en sociedad, la neutralidad, la no intervención significa, fácticamente, dejar hacer a los más poderosos; la neutralidad, entonces, implica participar en los resultados, por omisión<sup>48</sup>. La pregunta es: "¿Se satisface el derecho a la vida o a la integridad corporal cuando el Estado se abstiene de lesionar activamente tales bienes y prohíbe a los particulares que hagan lo propio, o esos derechos sólo resultan respetados cuando el Estado provee de las condiciones que son necesarias para preservar esos bienes y obliga a los particulares a contribuir para tal provisión?"<sup>49</sup>. Dice bien Maidowski: "Cuando el Estado se mantiene neutral frente a la desigualdad o el desequilibrio social, en realidad, deja de ser neutral, pues lo que hace es tomar partido por el *statu quo*"<sup>50</sup>.

— Se acepta, en general, que las desigualdades inmerecidas requieren una compensación; por eso, el Estado debe dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables. Se reconoce, sin embargo, que la compensación no es el único criterio de justicia; dice Rawls: "la distribución natural no es ni justa ni injusta, como tampoco es injusto que las personas nazcan en una determinada posición social. Estos son hechos meramente naturales. Lo que puede ser justo o injusto es el modo en que las instituciones actúan respecto a estos hechos. Las sociedades aristocráticas y de

castas son injustas porque hacen de estas contingencias el fundamento adscriptivo para pertenecer a clases sociales más o menos cerradas y privilegiadas. En la justicia como imparcialidad los hombres convienen en aprovecharse de los accidentes de la naturaleza y de las circunstancias sociales sólo cuando el hacerlo sea para el beneficio común". De lo que se está seguro, entonces, es que "el Estado no debería hacer en favor de aquellos que inicialmente están más aventajados"<sup>51</sup>.

## 7. Argumentos en contra de las acciones positivas<sup>52</sup>

Los detractores de las acciones positivas parten de una aproximación *simétrica* al problema. Sus principales argumentos son:

a) *Las categorías sospechosas (como la raza, el sexo, etc.) no son pautas válidas de distinción (ni para perjudicar ni para beneficiar)*

La regla es que ni el sexo ni la raza pueden ser criterios ni para beneficiar, ni para perjudicar a nadie. Paradojalmente, el gran apoyo se encuentra en la frase del juez John Harlan, disidente en *Plessy c/Ferguson*, cuando en 1896 dijo: "*Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens*"<sup>53</sup>. El argumento de que las distinciones raciales permisibles, a largo plazo, redundan en beneficio de aquellos a quienes se pretende ayudar es extremadamente peligrosa; adviértase que este razonamiento permitió, en su momento, fundar la deplorable decisión de movilizar a los ciudadanos de descendencia japonesa fuera de sus hogares debido al temor de que fuesen desleales durante la guerra con Japón<sup>54</sup>. En suma, para las minorías sin poder político lo más seguro es prohibir totalmente las clasificaciones raciales.

b) *La discriminación no se soluciona mirando al pasado*

La discriminación inversa es presentada por algunos autores como una medida compensatoria o correctiva que pretende resarcir un daño o perjuicio acaecido, injustificadamente, en el pasado<sup>55</sup>; sería

<sup>47</sup> Welch, S., y Gruhl, John, *Affirmative action and minority enrollments in medical and law schools*, Michigan, ed. The University of Michigan Press, 1998, pág. 13.

<sup>48</sup> Se ha dicho que es necesario combatir la identificación entre el rigor científico y la neutralidad (véase Pureza, José M., "Egalité juridique, inégalité économique et patrimoine commun de l'humanité. Le problème institutionnel", en *Mélanges offerts à Jorge Campinos*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, pág. 381).

<sup>49</sup> Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel S.A., 1989, pág. 314.

<sup>50</sup> Citado por Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado en razón del sexo*, Madrid, ed. Mc Graw Hill, 1995, pág. 96. El criterio explicado en el texto sirve al gobierno noruego para justificar la adopción de medidas de acción positiva: No es posible conseguir la igualdad entre el estatuto social del hombre y de la mujer prohibiendo solamente los tratos discriminatorios. Si se quiere corregir la diferencia que hoy existe, es necesario a corto o largo plazo, proporcionar ventajas en determinados campos a uno solo de los sexos" (Cit. por el informe de la convencional Bello; Compulsar, *Obra de la Convención Nacional Constituyente*, ed. del Ministerio de Justicia de la Nación, t. III, pág. 2759 y ss).

<sup>51</sup> Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2ª reimpression, 1993, pág. 125.

<sup>52</sup> He extraído los argumentos expuestos en el texto de diversos autores, muchos de los cuales los desarrollan, aunque no siempre los comparten. Ver, entre otros, Ruiz Miguel, Alfonso, "Discriminación inversa e igualdad", transcripto en *Derechos Humanos. Textos y casos prácticos*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1996, pág. 169 y ss; Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 2º de Bs., As., Astrea, 1997, t 2 nº 1009; conf. Midón, Mario, *Manual de Derecho constitucional argentino*, Bs. As., Plus Ultra, 1997, nº 136, pág. 366.

<sup>53</sup> Marca la paradoja, Harris, Angela, "Equality Trouble: Sameness and difference in Twentieth-Century Race Law", en *California Law Review*, Dec. 2000, vol. 88 nº 6 pág. 1926.

<sup>54</sup> *Korematsu c/United States*, 1944, cit. por Currie, David, *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, trad. de V. Gómez, Bs. As., Zavalia, 1988, pág. 94.

<sup>55</sup> Comanducci, cit. por Dassen, N., y Nattero, P., "Ley de cu-

una especie de "reparación histórica a centurias de intencionada y perniciosa discriminación contra ciertos grupos". Se advierte fácilmente que esta justificación mira el pasado y no el futuro. La irrealidad de la solución fundada en la idea de justicia compensatoria histórica aparece en el reclamo hecho en mayo de 1969 por James Foreman, quien interrumpió un servicio en la iglesia de Riverside, New York, para leer el llamado "Manifiesto Negro" en el que exigía 500.000.000 dólares a las iglesias blancas y a las sinagogas por la participación que les cupo en la explotación del pueblo negro norteamericano. Foreman argüía que desde 1619 los negros de los EE.UU. habían sido explotados y que el *establishment* religioso blanco debía reparaciones a la actual comunidad negra como heredera de las víctimas. La compensación económica era sólo una fracción de la astronómica suma de la riqueza arrancada por los blancos mediante la explotación, compartida por los estamentos religiosos, y el dinero sería utilizado para sostener el desarrollo de aquellas instituciones, servicios y educación de cuya herencia se había privado a los negros de hoy y que eran necesarios para permitirles competir socioeconómicamente como iguales a los blancos. "Por su excesiva retórica, el manifiesto no atrajo mucha atención a los filósofos y politólogos. En 1972, en cambio, Hugo Beau refundió en manifiesto y desde entonces mucho se ha escrito sobre la llamada justicia compensatoria cuya relectura actual ha pasado a las llamadas acciones positivas; las pretensiones quijotescas de lograr una compensación monetaria han cedido el paso a la práctica de políticas de preferencia"<sup>56</sup>.

#### c) Consecuencias injustas de la responsabilidad colectiva objetiva

A través de la acción positiva, la persona que hoy resulta excluida está pagando las culpas históricas de su grupo sin que a él pueda imputársele individualmente ninguna conducta discriminatoria; así, los varones jóvenes blancos pagan las culpas de sus padres.

En ciertos sectores, como el del derecho del trabajo, estas medidas pueden provocar consecuencias muy negativas, sobre todo en momentos de grave crisis ocupacional; es que el trato favorable reservado a un grupo (por ej., los negros) implica necesariamente una reducción de las posibilidades ocupacionales y profesionales de los trabajadores del otro grupo (por ej., los blancos)<sup>57</sup>.

De este modo, se sanciona a quienes no son culpables de la discriminación y deja sin sanción a quien la ha producido. Así, por ejemplo, en la discriminación

laboral han tenido culpa los empresarios; sin embargo, una acción positiva que tiende a poner en el puesto de trabajo a quien antes fue discriminado, perjudica al que forma parte del otro grupo y no a la patronal, que no sufre ningún tipo de sanciones<sup>58</sup>.

#### d) El alejamiento de la buena regla de la meritocracia

Mediante el instrumento en discusión la sociedad no compensa a cada uno por sus méritos sino por la mera pertenencia a un grupo. Dice Scarpelli: "Personalmente, lo confieso, soy bastante egoísta para querer ser operado, cuando deba hacerlo, por el mejor cirujano, sea hombre o mujer: no me parece ninguna consolación entrar en el quirófano sabiendo que una mujer menos capaz o un hombre menos capaz han sido puestos en aquel lugar por un noble principio de justicia"<sup>59</sup>.

#### e) El fin no justifica los medios

Aunque el fin buscado fuese bueno, no justifica un medio que convalida un perjuicio. El problema es saber si es posible que el legislador perpetúe una singular paradoja: la de adoptar como *medio* un derecho *desigual* persiguiendo como *fin* alcanzar la *igualdad* social y efectiva. "A decir verdad, la legitimación constitucional de esta conducta, en la literatura jurídica, está más afirmada que demostrada moviéndose, principalmente, en el plano de una lectura amplia del concepto de igualdad sustancial y atendiendo, fundamentalmente, a la participación de la mujer en la vida social; los argumentos son más retóricos que lógicos"<sup>60</sup>.

#### f) Inadecuación del medio al fin

Aunque el fin justificase los medios, en este caso, el medio es inadecuado porque:

— Es imprudente: si la medida no es apoyada por una parte de la mayoría de la sociedad, es probable que genere mayor hostilidad social aún hacia el grupo favorecido.

— Produce efectos opuestos a los pretendidos, porque las cuotas estigmatizan o marcan socialmente a las propias personas o grupos favorecidos como inferiores, incapaces de conseguir por sí solos y sin una ayuda especial determinados puestos.

— Genera dificultades en su aplicación: "¿Hasta dónde se extenderá el principio de compensación por la discriminación del pasado. ¿No podrían reclamar los miembros de muchos grupos étnicos raciales y religiosos el derecho a reparaciones o

pos: ¿discriminación o igualdad?", en *Lecciones y Ensayos*, 1995, n° 82, pág. 180

<sup>56</sup> Deane, Hervert, "La justicia: compensatoria y distributiva", en *Los humanistas y la política. Alcances en tiempos difíciles*, obra colectiva compilada por Mooney y Stuber, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pág. 29.

<sup>57</sup> Ver críticas de este tipo en autores citados por Ulloa, Francesca Cuomo, "Evoluzione o involuzione dell' 'affirmative action' nell'esperienza americana: problemi processuali", en *Riv. Trim. di Diritto e Procedura Civile*, marzo 1997, anno LI n° 1, pág. 164.

<sup>58</sup> Compulsar Ulloa, Francesca Cuomo, "Evoluzione o involuzione dell' 'affirmative action' nell'esperienza americana: problemi processuali", en *Riv. Trim. di Diritto e Procedura Civile*, marzo 1997, anno LI n° 1, pág. 175.

<sup>59</sup> Cit. por Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado en razón del sexo*, Madrid, ed. Mc Graw Hill, 1995, pág. 99.

<sup>60</sup> Mazzotta, Oronzo, *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Torino, Giappichelli, 1994, pág. 227.

compensaciones con base a que sufren niveles de ingreso y bienestar señaladamente más bajos que los que tendrían si no se les hubiera discriminado sistemáticamente en el pasado". O sea, lleva a una pendiente resbaladiza que puede producir una verdadera catarata de peticiones: si se le da el 20% a las mujeres, por qué no a los negros, a los comerciantes, a los jóvenes, etc.

— Opera sobre los efectos y no sobre las causas y, de este modo, no transforma la sociedad.

## 8. Argumentos a favor de las acciones positivas

### a) *Aclaraciones iniciales*

Previo a su desarrollo es necesario advertir que los partidarios de este tipo de medidas coinciden en que las medidas de acción positiva:

— No son una panacea universal de eficacia infalible; dependen de las particularidades, idiosincrasia y antecedentes de cada Estado; así, por ejemplo, la discriminación racial en EE.UU. no tiene las mismas características en Argentina.

— Se trata de políticas limitadas, que deben diseñarse y calibrarse con precaución y aplicarse con mesura sólo en sectores estratégicos o especialmente importantes.

— Son sólo una posibilidad abierta entre otras políticas que sirven a los ideales de igualdad e integración social.

— Dado que son un mecanismo peligroso por el coste individual que imponen, sus presupuestos deben ser respetados escrupulosamente, aunque ello suponga una importante complejidad técnica.

### b) *Las acciones positivas miran el futuro*

Estas medidas no sólo pretenden reparar el pasado; también contemplan el presente y el futuro; en tal sentido aspiran a: eliminar la tensión social, incrementar la diversidad de la fuerza de trabajo, encontrar un futuro racial y sexualmente integrado, conseguir una situación más justa, etc. Por eso se ha dicho que "las acciones positivas son más defendibles como arquitectura de un futuro mejor que como compensación por los pecados de discriminaciones históricas"<sup>61</sup>.

### c) *No puede pretenderse que una discriminación fundada en la pertenencia a un grupo (criterio colectivo) sea atacada con medidas exclusivamente individuales*

Las discriminaciones sociales que configuran el presupuesto para que se asuman acciones positivas tienen por base la pertenencia a un grupo y no los

caracteres individuales de cada uno de los miembros de ese colectivo. Los discriminados integran una minoría, entendiendo por tal no necesariamente una minoría numérica, sino "el conjunto de individuos que, por razones históricas, económicas, políticas o de otro género y en dependencia de rasgos raciales, sexuales, étnicos o lingüísticas, se encuentran en una condición de desventaja frente a otros conjuntos de individuos de la misma sociedad"<sup>62</sup>.

El favor del Derecho por ciertos grupos marginalizados no nace, entonces, de una culpa personal del que sufre la acción positiva sino de las estructuras fuertemente instaladas en la sociedad; por eso, todos los miembros de la clase privilegiada comparten la obligación y deben respetar el costo necesario del remedio.

El ciudadano excluido que deja lugar al beneficiado con la acción positiva no tiene, efectivamente, ninguna culpa; no es su culpa que la rectificación de las injusticias sea una necesidad de la sociedad; sin embargo, él tampoco tiene el derecho de impedir que se pongan en marcha medidas más eficaces para tener en el futuro una situación más justa<sup>63</sup>. De este modo, la desigualdad se revela como un buen instrumento para realizar la igualdad<sup>64</sup>.

No se desconoce la dificultad en plantear la línea divisoria entre las distinciones fundadas en prejuicios y las otras, pero, como dice Dworkin, el hecho de que una línea sea difícil a trazar, no quiere decir que no haya que trazarla o destruirla cuando ya está trazada<sup>65</sup>.

### d) *La bondad de los fines*

Las acciones positivas persiguen fines justos, entre otros:

— *Provocar la reflexión social:*

Se ha visto que la sociedad no siempre reconoce las discriminaciones injustas existentes en su seno; los programas de acción positiva tienden a que la sociedad las señale. Actualmente, la sociedad norteamericana es, de facto, consciente de las diferencias raciales, pero pudo no serlo antes, cuando la discriminación racial se veía, por las pautas culturales reinantes, como una cosa normal.

— *Favorecer la democratización y la tolerancia por lo diferente:*

Las acciones positivas son una herramienta para la construcción de una sociedad más justa e integrada<sup>66</sup>. El operador del Derecho no puede mantener los ojos cerrados a la realidad (*wholly colour blind*); muy por el contrario, debe trabajar por la diversidad. Así, las acciones positivas en la universidad no sólo sir-

<sup>61</sup> Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado en razón del sexo*, Madrid, ed. Mc Graw Hill, 1995, pág. 105; conf. Ruiz Miguel, Alfonso, "Discriminación inversa e igualdad", transcrita en *Derechos Humanos. Textos y casos prácticos*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1996, pág. 166.

<sup>62</sup> Comanducci, Paolo, cit. por Dassen, N., y Nattero, P., "Ley de cupos: ¿discriminación o igualdad?", en *Lecciones y Ensayos*, 1995 n° 82, pág. 180.

<sup>63</sup> Dworkin, Ronald, "La discriminación positiva", en *Una cuestión de principio*, París, Puf, 1996, pág. 368.

<sup>64</sup> Ardant, Philippe, *L'égalité des personnes en droit public ou à la poursuite de l'insaisissable égalité réelle*, La personne humaine, *sujet de droit*, París, PUF, 1994, pág. 143.

<sup>65</sup> Dworkin, Ronald, "La discriminación positiva", en *Una cuestión de principio*, París, Puf, 1996, pág. 378.

<sup>66</sup> Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 2° de Bs., As., Astrea, 1997, t 2 n° 1009; conf. Midón, Mario, *Manual de Derecho constitucional argentino*, Bs As., Plus Ultra, 1997, n° 136, pág. 366.

ven para trasladar a la universidad la pluralidad existente en la sociedad, sino para beneficiar la real inserción social pluricultural; en el área de los partidos políticos, las mujeres, tradicionalmente excluidas, pueden traer nuevos puntos de vista, etc.

Consecuentemente, la acción positiva es ilegítima si sólo preserva las pautas culturales discriminatorias. Por eso, en el caso *Mississippi University for Women c/Hogan*, la Corte Federal de los EE.UU. acogió la pretensión de un hombre que se quejaba por no poder ingresar a facultad de enfermeras, que reservaba todas sus plazas para las mujeres. La jueza O'Connors dijo, con razón, que políticas como la de esa universidad sólo sirven para perpetuar los estereotipos, dado que por años, las enfermeras han sido mujeres en su casi totalidad y una política de encerramiento de este tipo no sólo fomenta y destruye la virtud de la diversidad sino que produce una reducción de los salarios<sup>67</sup>.

— *Producir mejoras sociales*:

En la terminología de Dworkin, las mejoras sociales pueden ser de dos tipos:

\* Utilitaristas (el nivel promedio colectivo de bienestar de la comunidad mejora, aunque pueda decaer el bienestar de algunos individuos).

\* Ideales (permiten aproximarse a una sociedad ideal, se mejore o no el bienestar promedio).

El autor citado afirma que, normalmente, mientras una medida que favorece a los varones y perjudica a las mujeres sólo podría justificarse desde la visión de las mejoras utilitaristas (por ej., porque los hombres tienen más experiencia en este tipo de trabajos y producen más) las medidas que fomentan programas a favor de las mujeres pueden ser mejoras utilitaristas (por ej., porque ponen más empeño) y también idealistas (una sociedad igualitaria es una sociedad mejor, aunque sus ciudadanos prefieran la desigualdad)<sup>68</sup>.

#### e) *La incidencia de los factores sociales y económicos sobre los méritos personales*

El valor del principio individualista de los méritos no debe ser ignorado; sin embargo, el mérito no es el único criterio de selección que genera el progreso; pueden haber otros valores igualmente aceptables. No es necesario remontarse "a la idea general de que el Estado social significa una vía intermedia entre 1789 (*a cada uno según sus méritos*) y 1917 (*a cada uno según sus necesidades*)" para darse cuenta que el principio del mérito no es absoluto, y en ocasiones puede ceder ante otro bien o valor constitucional, como es la igualdad de oportunidades. Por lo demás, las acciones positivas y las discriminaciones inversas benefician a sujetos similarmente situados, también en términos de mérito y capacidad; así, por ejemplo, las cuotas pueden ser reservadas no a cualquier integrante del grupo sino sólo a los que alcanzaron determinado nivel<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Cit. por Vittadini Andrés, Susana, *Los límites del principio de igualdad ante la ley*, ED 173-798.

<sup>68</sup> Dworkin, cit. por Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado en razón del sexo*, Madrid, ed. Mc Graw Hill, 1995, pág. 106.

<sup>69</sup> Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discrimi-*

En suma, las desigualdades innecesarias requieren una compensación, y dado que las desigualdades de nacimiento y de dotes naturales son innecesarias (en tanto y en cuanto la persona nada ha hecho para obtenerlas), hay que compensarlas prestando mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en posiciones sociales menos favorecidas<sup>70</sup>.

#### f) *Carencia de datos empíricos*

Las tres críticas, de naturaleza descriptiva y sociológica (las acciones positivas producen mayor hostilidad, disminuyen la autoestima, provocan una catarata de reclamantes, etc.), no tienen base empírica; son expresiones no constatadas en los hechos. Por el contrario, la realidad argentina prueba que la ley de cupos ha favorecido el acceso de las mujeres a los cargos electivos en la política; de hecho, en las elecciones más recientes, en muchos distritos electorales las mujeres accedieron a los cargos sin necesidad de aplicar la ley de cupos.

### 9. **Requisitos para la validez de las acciones positivas**

En opinión de algunos autores, para que la técnica de las acciones positivas sea constitucional y pase el test de razonabilidad deben cumplirse los siguientes requisitos:

#### a) *Existencia de un obstáculo de hecho que se opone a la realización de la igualdad de oportunidad*

La discriminación debe procurar compensar y equilibrar la marginación, el relegamiento desigualitario que recae sobre aquellas personas beneficiadas con la acción positiva<sup>71</sup> o favorecer la modificación de los estereotipos sociales injustos o inconvenientes. Por ejemplo, el Estatuto del Docente de la provincia de Mendoza dispone que de cada tres docentes seleccionados por puntaje y orden de mérito, deberá acceder a un cargo, como titular, un hombre, sin importar su puntaje. El legislador, al sancionar esta norma, tuvo en mira la importancia de la figura masculina al frente del grado y la realidad que demuestra, desde hace muchos años atrás, la deserción masiva de los docentes hombres y la inexistencia de vocaciones<sup>72</sup>.

*nado en razón del sexo*, Madrid, ed. Mc Graw Hill, 1995, pág. 99.

<sup>70</sup> Bidart Campos, Germán, *La re-creación del liberalismo*, Bs. As., Ediar, 1982, pág. 70.

<sup>71</sup> Dice Bidart Campos: "Resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras si mediante esa discriminación se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas personas que con la discriminación inversa se benefician" (Bidart Campos, Germán, *Manual de la constitución reformada*, Bs. As., Ediar, 1996, t. I, pág. 535).

<sup>72</sup> Planteado por Miller, Jonathan M., Gelli, María A y Cayuso, S., *Constitución y derechos humanos*, Bs. As., Astrea, 1991, t. 2 pág. 1669.

Por estas razones, son constitucionales las normas dictadas en Irlanda para llegar a la justa representación del colectivo católico y protestante en la fuerza de trabajo: todas las empresas públicas y privadas que cumplen ciertos requisitos, están obligadas a monitorear la composición religiosa de su fuerza de trabajo y a remitir informes anuales de los resultados a la Fair Employment Commission; además, deben presentar, una vez cada tres años, una revisión de la composición de su fuerza de trabajo que sirva para comprobar si los miembros de cada comunidad disponen de justa participación; deben informar sobre el reclutamiento, la formación profesional y la promoción; cuando con motivo de estas revisiones se detecte un desequilibrio manifiesto, el empleador está obligado a un plan de acción positiva que, de no cumplirse, desemboca en la retirada de todo tipo de subvenciones o, incluso, en la imposición de sanciones económicas<sup>73</sup>.

b) Motivación suficiente y prueba sobre el obstáculo de hecho que se intenta sobrepasar

Bien se ha dicho que "toda ley que se proponga realizar la igualdad sustancial es, de por sí, una ley ambiciosa"<sup>74</sup>. Pero más allá de la ambición, la decisión que establece una medida de acción positiva debe estar suficientemente motivada, lo que supone que el obstáculo de hecho debe estar adecuadamente probado. Normalmente, la desigualdad fáctica existente se prueba, objetivamente, mediante estadísticas. Los siguientes ejemplos extraídos de la realidad norteamericana pueden servir para comprender este aserto:

Se acreditó que la policía de Alabama no había designado ningún negro durante cuarenta años; frente a esta realidad, se dispuso que las promociones debían ser hechas dando a los negros un 50% (si estaban suficientemente calificados). Cuando se impuso el programa Davis en la Facultad de medicina de California, la cantidad de personas negras con título de médico era muy escasa (sólo el 2,1% del total de los médicos).

De cualquier modo, bueno es advertir que "encontrar razonabilidad en la decisión que el legislador toma para la acción positiva resulta especialmente difícil, tanto para el legislador como para el juez, si sólo se apela a la conciencia jurídica de la comunidad, pues situaciones de este género sólo puede producirse cuando la conciencia social está escindida de manera que, en tanto una parte de la sociedad actúa de modo discriminatorio, otra parte intenta corregir, mediante el uso del poder, los efectos de tal discriminación"<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Cit. por Ballester Pastor, María A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia, ed. Tirant lo blanch, 1994, pág. 90.

<sup>74</sup> Mazzotta, Oronzo, *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Torino, ed. Giappichelli, pág. 225.

<sup>75</sup> Rubio Llorente, Francisco, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *XI Jornadas de Estudio, El principio de igualdad en la constitución española*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, vol. I, pág. 708.

c) Proporcionalidad: la búsqueda del medio menos agresivo

Las medidas de acción positiva sólo puede implementarse cuando el fin buscado no puede lograrse mediante otro medio menos controvertido. Dicho de otro modo, debe respetarse el principio de la proporcionalidad. Este argumento ha servido para declarar inconstitucional la existencia de cuotas fijas, cuando son innecesariamente gravosas.

d) Transitoriedad y reversibilidad

Las acciones positivas son paliativos temporales contra la discriminación<sup>76</sup>; tienen carácter transitorio y deben durar sólo el tiempo necesario para alcanzar la igualdad pretendida.

Con igual criterio, en el derecho norteamericano se habla de la temporaneidad, flexibilidad y subsistencia de los presupuestos de hechos<sup>77</sup>; Paolo Comanducci dice que se trata de medidas provisionales e instrumentales<sup>78</sup> y Mazzotta insiste que la "legitimidad de una estrategia de acciones positivas debe necesariamente pasar por su carácter temporal y, por ello, es reversible, voluntario y suficientemente elástico"<sup>79</sup>.

El recaudo aparece en el articulado de todas las convenciones internacionales que recogen la idea de acción positiva (ver supra I).

e) ¿Regulación por ley?

Un autor español ha sostenido que sólo el procedimiento legislativo (dadas las garantías que ofrece) puede legitimar la adopción de este tipo de medidas<sup>80</sup>.

No coincido con esta posición; muchas veces las empresas instrumentan políticas para igualar en el punto de partida. Por ejemplo, si muchas mujeres trabajan en las tareas menos remuneradas y muy pocas en los cargos jerárquicos mejor remunerados, sería lícito que el empresario dictara cursos de perfeccionamiento sólo para el personal femenino de su empresa.

<sup>76</sup> Vega, Juan C y Graham, Marisa A., *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Bs. As., Astrea, 1996, pág. 77.

<sup>77</sup> Grassi, Alessandra, "La sentenza Kalanke: un'inversione di rotta nelle politiche comunitarie sulla pari opportunità?" *Riv. Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1996 n° 3/4, pág. 687. Este carácter no parece ser advertido por Natale cuando dice que la disposición transitoria, al regular el art. 37 borra con el codo lo que escribió con la mano al establecer que las medidas durarán lo que la ley determine (Natale, Alberto, *Comentarios sobre la constitución. La reforma de 1994*, Bs. As., Depalma, 1995, pág. 38).

<sup>78</sup> Comanducci, Paolo, "La imposibilidad de un comunitarismo liberal", en *Tolerancia y minorías*, obra colectiva coordinada por Luis Prieto Sanchís, Cuenca, ed. de la Universidad de Castilla La Mancha, 1996, pág. 18 y ss; Conf. Dassen, N., y Nattero, P., "Ley de cupos: ¿discriminación o igualdad?", en *Lecciones y Ensayos*, 1995 n° 82, pág. 180.

<sup>79</sup> Mazzotta, Oronzo, *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Torino, Giappichelli, 1994, pág. 228.

<sup>80</sup> Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado en razón del sexo*, Madrid, ed. Mc Graw Hill, 1995, pág. 87.

#### f) Incidir en las causas y no en los resultados

El derecho laboral conoce mecanismos para evitar que se produzcan tratos discriminatorios incidiendo en las causas que generan en el empleo tratos discriminatorios. Se insiste, entonces, que el acento debe ponerse en la igualdad de *oportunidades*, pues es ésta la que luego llevará a la igualdad de *trato*<sup>61</sup>. El derecho privado moderno se caracteriza no por la existencia de la protección de los derechos que ya se tienen adquiridos, sino por la necesidad de tener acceso a ellos; así se habla del acceso al trabajo, a la justicia, a la reparación, a la propiedad privada, a los bienes, al mercado, al discurso público, al consumo, a la salud, etc.<sup>62</sup>. La acción positiva, entonces, es lícita en tanto y en cuanto iguala en el punto de partida, pero no cuando produce —automáticamente— una prioridad en el punto de llegada, con base exclusiva en una categoría sensible como es la raza, el género, la etnia, etc.

Este argumento —sobre el que volveré más tarde— ha sido usado, tanto por la Corte Constitucional italiana cuanto por el Abogado General Tessauro del Tribunal de Justicia Europeo: una acción positiva que no se propone remover los obstáculos que impiden a la mujer alcanzar determinados resultados sino que consiste, directamente, en atribuir esos resultados viola el principio de igualdad y no es coherente con la finalidad perseguida a través de las acciones positivas<sup>63</sup>.

En cambio, respecto de los minusválidos, el Tribunal Constitucional Español consideró constitucional un sistema de cuotas. Los hechos fueron los siguientes: se convocaron concursos para administradores generales de la Comunidad de Canarias, reservándose seis plazas para las personas afectadas por un 33% de minusvalía física, psíquica o sensorial, siempre que superasen las pruebas selectivas en igualdad de condiciones con los demás aspirantes. La recurrente había obtenido 6,34 puntos y llegó a tomar posición del cargo; pero un minusválido sensorial (afectado de sordera en más del 33% exigido) que había obtenido 6,07, recurrió ante el órgano administrativo y exigió una de las seis plazas reservadas. La administración estimó su pretensión y los jueces (el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional) confirmaron esta decisión<sup>64</sup>.

#### g) Un recaudo procesal

La aplicación judicial de las medidas de acción positiva puede acarrear problemas procesales. Así, por

<sup>61</sup> Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, Miguel, "Principio de igualdad y derecho del trabajo", en *El principio de igualdad en la constitución española*, Madrid, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, 1991, t. II, pág. 1095

<sup>62</sup> Para esta cuestión ver Lorenzetti, Ricardo Luis, *Nuevos paradigmas en el derecho privado: el acceso a los bienes*, LL 1994-E-990 y ss.

<sup>63</sup> Compulsar fallos citados por Barbera, Marzia, "In difesa delle azioni positive", *Rev Italiana di Diritto del lavoro*, anno XV, 1996 n° 1 pág. 20, terza parte.

<sup>64</sup> Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado en razón del sexo*, Madrid, ed. Mc Graw Hill, 1995, pág. 89.

ejemplo, cuando se aplica por los tribunales electorales la ley de cupo, ¿es necesario citar al desplazado? Así lo ha entendido la jurisprudencia norteamericana, quien después de algunas vacilaciones, parece inclinarse por la tesis de que al perjudicado hay que darle oportunidad de ser oído de algún modo. Sin embargo, la oportunidad del contradictorio debe ser medida conforme al tipo de intereses en la causa. La disminución de la plena garantía del contradictorio es posible sólo cuando la privación del interés tiene naturaleza temporaria. Para satisfacer la garantía del *due process* esta privación temporaria (*temporary deprivation*) debe ser seguida de una audiencia en contradictorio pleno para que el sujeto pueda usar todos los instrumentos de defensa procesal. La posición de los terceros (el *amicus curiae*, incluso) es distinta; para esos terceros basta su participación en la última fase del proceso<sup>65</sup>.

#### 10. Orígenes de la figura. Algunos casos del derecho norteamericano

Las acciones positivas se desarrollaron en el derecho internacional y en la legislación norteamericana a través de dos ejes: la lucha por la eliminación de la discriminación racial, en especial el fenómeno del *apartheid* y la lucha de las mujeres frente a la discriminación. Con relación al primero, recuérdese que el principio de igualdad fue incorporado a la constitución norteamericana recién en 1868, tres años después de la guerra civil; es la enmienda XIV que dice: "Ningún Estado podrá negar a persona alguna que se encuentren dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes". Por eso con mucha ironía se ha dicho que "en los EE.UU. todos los hombres parecen haber nacido iguales a partir de 1776; todos los hombres son libres, pero sin contar a los esclavos ni a las mujeres"<sup>66</sup>.

Pero la igualdad declarada no bastó y comenzaron a desarrollarse medidas de acción positiva a favor de los grupos étnicos menos favorecidos socialmente. El primer decreto norteamericano de acción positiva en el acceso al trabajo en favor de mujeres y ciertas minorías (normalmente personas afroamericanas) que estaban subrepresentadas o no representadas en determinados empleos y en puestos altos de las empresas y establecimientos públicos fue firmado por el presidente John Kennedy en 1961<sup>67</sup>. Otros programas incluyeron contrata-

<sup>65</sup> Compulsar el completo trabajo de Ulloa, Francesca Cuomo, "Evoluzione o involuzione dell' 'affirmative action' nell'esperienza americana: problemi processuali", en *Riv. Trim. di Diritto e Procedura Civile*, marzo 1997, anno LI n° 1, pág. 203. Para otras cuestiones procesales, referidas esencialmente a la inversión de la carga de la prueba, véase Sassani, Bruno, "Note in margine alle leggi processuali, Aspetti processuali della legge" n° 125 del 1991, *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, *Riv. di Diritto Processuale*, anno XLVII n° 3, Luglio-Settembre 1992, pág. 862.

<sup>66</sup> Freund, Paul, "Igualdad, raza y trato preferente", en *Los humanistas y la política Alicientes en tiempos difíciles*, obra colectiva compilada por Mooney y Stuber, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pág. 42

<sup>67</sup> Peters, Anne, *Women, Quotas and Constitutions*, London, ed. Kluwer Law, 1999, pág. 3. Amplias referencias a los programas del presidente Kennedy se encuentran en Harris, Angela,

ción del Estado con proveedores pertenecientes a esas minorías.

Los gobiernos republicanos se opusieron a este tipo de programas y hoy están seriamente cuestionados; puede afirmarse que la acción positiva está en franco retroceso en los EE.UU.<sup>88</sup>; tuvo una pequeña mejoría durante el gobierno de Bill Clinton, quien dijo su célebre frase "*mend, not end*" (corregir, no terminar), pero existe incertidumbre sobre lo que acontecerá durante el mandato de Bush. Una de sus ministros —Linda Chávez—, a pesar de ser mujer de origen latino, se ha pronunciado en contra de este tipo de medidas<sup>89</sup>; otro, en cambio (Colin Powell) es mirado con sospecha por algunos conservadores, debido, justamente, a que se ha pronunciado en favor de las "*affirmative action*"

En pro de la mejor comprensión de la cuestión en la América del norte, vale la pena relatar las vicisitudes de algunos casos vinculados al acceso a la Universidad y a otros puestos de trabajo y contratación en favor de las personas de color. La selección tiene mucho de arbitrario; recuerdo que desde 1974 a 1995 la Corte Federal dictó trece sentencias en las que las acciones positivas han estado implicadas<sup>90</sup>.

#### a) *Caso De Funis:*

En la Facultad de derecho de Washington habían dos procedimientos de selección: uno, para los estudiantes de la mayoría racial, más exigente y riguroso; otro, para la de postulantes pertenecientes a los grupos sociales minoritarios, menos exigente; en este segundo grupo, las solicitudes pasaban directamente a una comisión especial, sin selección previa, integrada por un profesor negro y uno blanco. En 1971 un judío se presentó a la facultad de derecho de la Universidad de Washington; fue rechazado porque la puntuación de sus pruebas y sus calificaciones universitarias eran tales que habría sido admitido de haberse tratado de un negro, un filipino, un indio norteamericano, pero no un blanco. El caso no se resolvió judicialmente, pero dio lugar a un interesante debate doctrinal.

Dworkin<sup>91</sup> justificó el reglamento de la Universidad de Washington, con estos argumentos, entre otros:

---

Equality Trouble: Sameness and difference in Twentieth-Century Race Law", en *California Law Review*, Dec. 2000, vol. 88 n° 6 pág. 1926, pág. 1995 y ss.

En las páginas de Internet pueden encontrarse diversos trabajos que relatan historia, críticas, estadísticas y alternativas para las acciones positivas en los EEUU. Según Anne Peters, en 1995 existían, establecidas en normas federales (estatutos, regulaciones, reglamentos, etc.), 160 programas de acción positiva. En 1964, el gobierno federal imputó aproximadamente 6.4 billones a contrataciones en favor de minorías en varias industrias (Peters, Anne, *Women, Quotas and Constitutions*, London, ed. Kluwer Law, 1999, pág. 4).

<sup>88</sup> Chávez, Linda, *Racial preferences are dangerous*, <http://dailynews.yahoo.com/hv/iplc/20010403>.

<sup>89</sup> Peters, Anne, *Women, Quotas and Constitutions*, London, ed. Kluwer Law, 1999, pág. 43.

<sup>90</sup> Dworkin es considerado como un liberal progresista (Compulsar Valle Acevedo, Aldo, "Discriminación inversa o desfiguración de la igualdad: una reflexión liberal y progresista", en *Ronald Dworkin, Estudios en su homenaje, Rev. de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de Valparaíso, Chile, 1993, pág. 460*).

"Si el estudiante excluido invoca que el sistema favorece la entrada de candidatos menos inteligentes, a los que se pone en ventaja respecto de los más inteligentes, cabe contestar que cualquier estándar pondrá a ciertos candidatos en desventaja frente a otros, pero una política de admisión puede justificarse si parece razonable esperar que el beneficio global para la comunidad exceda a la pérdida global y si ninguna otra política produce, incluso aproximadamente, el mismo beneficio sin traer aparejada una desventaja comparable. Puede presumirse que esta política racial beneficiará a la comunidad; así, por ejemplo, si hay más abogados negros, éstos ayudarán a que la comunidad negra cuente con mejores servicios jurídicos, con lo que se reducirán las tensiones sociales. Al haber más número de negros en las clases, se podrán discutir en las aulas los problemas existentes, etc."

Hay que tener bien claros los hechos: a De Funis no se le negó la entrada a la universidad por pertenecer a una minoría (los judíos), sino porque no pertenecía a la minoría desfavorecida (en el caso, los negros). La condición de judío era indiferente, y pudo ser rechazado de igual modo por ser irlandés blanco. La medida de la universidad no contemplaba a los judíos porque no era sentido como necesidad y, empíricamente no lo era; más aún, según un autor, el presidente de la universidad de Harvard llegó a estar a favor de una cuota que limitase el número de judíos que podían ser aceptados por la universidad; la razón que esgrimió era que si se aceptaba a todos los judíos, serían ellos quienes entrarían si las únicas pruebas de admisión fuesen de inteligencia; o sea, algún miembro de la autoridad universitaria tendría la preocupación de limitar el número numeroso de judíos, pero ni la limitación ni la prohibición pasaron al reglamento<sup>92</sup>.

#### b) *Caso University of California Regents c/Bakke (438 US 265 de 1978)*

En la Facultad de medicina de Davis, asociada a la Universidad pública de California, se reservaban 16<sup>93</sup> de cada 100 asientos para personas pertenecientes a aspirantes en situación económica y/o educación desaventajada o perteneciente a un grupo étnico minoritario (negros, asiáticos, indios, etc.) (minorías desfavorecidas desde el punto de vista económico y cultural). Ese plan se instrumentó porque cuando la facultad se creó, en 1968, no ingresó ningún estudiante negro ni hispano; al año siguiente, sólo entraron dos negros y un hispano; consecuentemente, en 1970, el Consejo de la Universidad decidió implementar un plan para estudiantes "*economically or educationally disad-*

---

<sup>92</sup> Dato proporcionado por Valle Acevedo, Aldo, "Discriminación inversa o desfiguración de la igualdad: una reflexión liberal y progresista", en *Ronald Dworkin, Estudios en su homenaje, Rev. de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Chile, 1993, pág. 479*.

<sup>93</sup> No se sabe por qué se eligió ese número (16), porque en la población, esos grupos representaban aproximadamente el 22% (Welch, S., y Gruhl, John, *Affirmative action and minority enrollments in medical and law schools*, Michigan, ed. The University of Michigan Press, 1998, pág. 18).

*vantages*". Allan Bakke, de raza blanca, ingeniero de la Nasa, treinta y tres años, después de haber trabajado con físicos analizando los efectos de la radiación en animales y seres humanos, quiso estudiar medicina; no pudo ingresar a la Facultad. El año anterior también se había presentado, pero fue rechazado, no obstante la existencia de cuatro vacantes, porque obtuvo un puntaje de 468 puntos (sobre un máximo de 500) y el mínimo se había fijado en 470 puntos. Ese año obtuvo 549 puntos sobre un máximo de 600; su puntaje era insuficiente frente a otros sujetos del grupo ordinario pero estaba muy por encima de las notas de los 16 que integraban el cupo. Además, no podía ingresar en otras universidades cuyo criterio de selección era la edad, porque había superado los treinta años; o sea también en esos otros institutos de enseñanza había sido juzgado según su pertenencia a un grupo (el de los mayores de 30 años), pero no se quejó de la pauta establecida no obstante que implicó su exclusión automática<sup>94</sup>.

El programa de la facultad (bautizado "fuerza de intervención rápida") tenía por fin:

- \* reducir el déficit histórico de las minorías tradicionalmente perjudicadas en la carrera de medicina;

- \* contrarrestar los efectos de la discriminación social;

- \* incrementar el número de médicos que ejercerán en comunidades con insuficiente asistencia médica;

- \* recibir los beneficios educativos de un alumnado étnicamente variado.

La Universidad sostenía que el programa no implementaba un sistema de cupos cerrado, porque los 16 puestos no se llenaban si no habían 16 candidatos que reunieran los requisitos. El litigante, en cambio, sostenía que eran cuotas porque los blancos no podían competir por estos puestos.

El caso produjo distintos resultados en las tres instancias:

El juez de primera instancia prohibió a la Universidad tener en cuenta la raza (declaró la nulidad del programa), pero rechazó la petición de Bakke de que se lo incorporara porque no probó cuál hubiese sido el puntaje que le hubiese pedido la universidad de no reservar el cupo y si él hubiese alcanzado el mínimo fijado para su categoría<sup>95</sup>. Ambas partes apelaron.

La Corte de California declaró nulos los programas que utilizaban criterios raciales de selección y obligó a la universidad a admitir al postulante. Dijo que los programas serían válidos si aceptaran criterios flexibles de admisión para alumnos desventajados de todas las razas, pero no del modo como estaban previstos. Uno de los argumentos era que dado que la Universidad era joven (había sido creada, como dije, en 1968), no tenía un pasado de discriminación; no había prueba alguna de que fuese culpable de la segregación; como no había prueba alguna de la discriminación en esa universidad, la mayoría entendió que no había justificación para

usar la raza como criterio de admisión. Además, puso sobre la Universidad la carga de probar que Bakke no hubiese entrado aunque no existiera el programa que beneficiaba a las minorías. Como no rindió esa prueba, entendió que el alumno estaba en condiciones de ingresar. O sea, invirtió la regla sobre la carga probatoria que había utilizado el juez de primera instancia.

Al principio, la Universidad dudaba si recurrir o no a la Corte Federal, pero cuando el consejo decidió hacerlo, comenzó una verdadera batalla periodística, no obstante que hasta ese momento los medios no habían prestado ninguna atención a las acciones positivas.

Desde varias universidades se reclamaba a la Corte Federal que revocara el decisorio; las autoridades argumentaban que si la universidad no podía aplicar criterios raciales, serían incapaces de cumplir lo que llamaban su "responsabilidad hacia la Nación"; por lo demás, la cuestión tenía mucha importancia desde la perspectiva de la autonomía universitaria; se pedía que se respetaran las libertades propias de este tipo de instituciones para determinar, mediante criterios universitarios, quiénes son los que pueden enseñar, los que pueden estudiar, la manera en que estudiarán<sup>96</sup>, etc.

El 28/6/1978 la Corte Federal resolvió del siguiente modo:

- \* Confirmó la sentencia (5 a 4) en cuanto ordenaba a la universidad incorporar a Bakke.

- \* Anuló la sentencia (también por 5 a 4) en cuanto prohibía, en general, utilizar criterios raciales para el ingreso a la universidad.

Ambas cuestiones se decidieron por cinco votos contra cuatro, pero los que fueron minoría en una, fueron mayoría en la otra<sup>97</sup>. Por eso, el juez Powell, que en definitiva había inclinado la balanza en uno y otro sentido, dijo que habían hablado con una notable ausencia de unanimidad (*We speak today with a notable lack of unanimity*)<sup>98</sup>. En suma: cuatro (Stevens, Rehnquist, Burger y Stewart) sostenían que tanto la cuota como el uso de la raza eran inválidos; los otros cuatro (Brennan, Blackmun, Marshall y White) que tanto la cuota como el uso de la raza eran criterios válidos; Powell, en cambio, entendió que no era válido el uso de la cuota, pero sí el criterio de la raza.

La primera decisión es: el tipo de programa instrumentado por la facultad de medicina es inválido y, por eso, Bakke debe ser admitido en la escuela de Medicina.

El argumento central es: el sistema de cuotas viola el principio de igualdad porque mientras los blancos tienen 84 puestos para competir, los negros tienen 100.

La réplica de Brennan a este argumento era: sin

<sup>94</sup> Dworkin, Ronald, "La discrimination positive", en *Une question de principe*, Paris, Puf, 1996, pág. 392.

<sup>97</sup> Schwartz, Bernard, *A history of the Supreme Court*, Oxford, Oxford University Press, 1993, pág. 324.

<sup>98</sup> Al parecer, la opinión de Powell mantuvo una posición ambivalente, condenó el programa de la Davis, pero aceptó el de la Harvard University, aunque también tenía en consideración la raza (Welch, S., y Gruhl, John, *Affirmative action and minority enrollments in medical and law schools*, Michigan, ed The University of Michigan Press, 1998, pág. 24).

<sup>94</sup> Dworkin, Ronald, "La discrimination positive", en *Une question de principe*, Paris, Puf, 1996, pág. 375.

<sup>95</sup> Ekmedjian, Miguel A., y Siegler, Pedro, *Discriminación inversa: un fallo trascendente de la Corte Suprema de los EE.UU.*, ED 93-878.

un pasado de discriminación contra las minorías, Bakke y otros blancos no hubiesen entrado porque más grupos minoritarios tendrían notas más altas y estarían desplazados. Pero este argumento era un escalón, aún más, un salto que Powell no estuvo dispuesto a dar. Powell sostenía que EE.UU. era un pueblo de minorías y que cada grupo étnico había tenido que luchar a su manera para vencer las discriminaciones. En otros términos, la experiencia de esclavitud, segregación y discriminación de los negros africanos era sólo una de las muchas experiencias por las que habían pasado los inmigrantes.

La segunda es: en abstracto, la raza puede ser un factor a tener en cuenta en las políticas de admisión sin violar la Constitución. En suma, la raza puede ser un plus, pero no puede encapsular a un candidato en comparación con los otros. El programa, entonces, debe ser lo suficientemente flexible como para permitir considerar otros elementos.

En otras palabras, para la mayoría de la Corte Federal norteamericana, una Universidad pública puede dar mayor peso a la solicitud de ingreso de un miembro de alguna minoría racial como parte de un programa para incrementar el registro de grupos minoritarios, pero es inconstitucional un sistema de cupos rígidos en el cual cierto número de lugares se reservan explícitamente a las minorías raciales<sup>99</sup>; la minoría, en cambio, aceptó que la raza puede marcar una prioridad automática cuando no es pauta para desmerecer o agraviar a un grupo sino para poner remedio a situaciones desventajosas de ciertas minorías causadas por prejuicios raciales pasados; los blancos, como grupo humano, no han sufrido estigma, ni incapacidad política, ni perjuicio internacionales que justifiquen una protección extraordinaria, por lo que el programa de la universidad es válido.

Los autores que están en contra de la acción positiva dicen que la Corte Federal les ha dado la razón, en el sentido que estos programas van demasiado lejos. Los que están a favor, en cambio, sostienen que la sentencia Bakke no implica la muerte de los programas de acción positiva sino que es menester buscar elementos más complejos y sutiles pues el sistema de cuotas automáticas es inválido. El *New York Times* concluyó: "Nadie perdió" (*No one lost*) y el *Wall Street Journal* declaró: "Cada uno ganó" (*Everyone won*).

<sup>99</sup> Conf. Barrancos y Vedia, Fernando, "Las acciones positivas en la reforma constitucional de 1994", en obra colectiva de la Asociación argentina de derecho constitucional, *Comentarios a la reforma constitucional*, Bs. As., 1995, pág. 186; Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 2° de Bs., As., Astrea, 1997, t 2 n° 1009. Kiper afirma que, en forma encubierta, la decisión de la Corte se basó también en la influencia de la opinión pública, que alegaba la decadencia de los niveles de calidad de la instrucción superior americana. En su opinión, la resolución de la mayoría del tribunal es poco satisfactoria e implica un retroceso hacia posiciones más conservadoras, emparentadas con la idea de la indiferencia liberal, que deja librado todo al mercado y a la competencia individual, sin tener en cuenta la historia que revela la existencia de una desigualdad como punto de partida. Comparte, en cambio, las palabras del juez Marshall, que en minoría, dijo: "No es posible garantizar una igualdad que todavía no fue construida, ni es posible confiar en mecanismos naturales para atenuar situaciones de desigualdad que no se formaron naturalmente" (Kiper, Claudio Marcelo, *Derecho de las minorías ante la discriminación*, Bs. As., ed. Hammurabi, 1998, pág. 162).

En suma, como dijo un profesor "*This is a landmark case, but we don't know what is mark*"; y otros dijo: "*It was a landmark occasion, but the Court failed to produce a landmark decision*"<sup>100</sup>. Pero la decisión no debe sorprender. Bakke fue el primer paso de la Justicia en el ámbito de las acciones positivas y los primeros pasos de la Justicia, en cualquier área, son siempre tentativos. Por eso, la decisión de Powell fue casi salomónica; a ambas partes dio algo; pero lo cierto es que la decisión no incentivó a las autoridades públicas a llevar adelante programas de acción positiva; cada uno los instrumenta si quiere. La sentencia prueba, además, de que la Corte es un órgano político y actúa como tal.

Después de haber sido resuelto, vieron la luz otras circunstancias del programa que no se conocían; así, por ejemplo, también habían sitios "reservados" para los "amigos especiales" de la universidad; cinco sitios eran elegidos directamente por el decano de la facultad de medicina, aunque hubiesen sido rechazados por el comité de selección; en fin, que no todas las admisiones eran estrictamente seleccionadas por los méritos<sup>101</sup>.

#### c) Otros casos resueltos por la Corte Federal norteamericana:

La Corte Federal norteamericana rechazó el pedido del Sr. Weber, un empleado blanco, analista de laboratorio, de treinta y dos años, que se quejaba de haber sido excluido de un programa de capacitación para cargos jerárquicos más altos que el suyo; los negros, en cambio, habían hecho estos cursos. Por 5 votos contra 2, la Corte Federal revocó la decisión del inferior y dijo que los empleadores pueden favorecer a los negros para que accedan a cargos que tradicionalmente han estado en poder de los blancos<sup>102</sup>.

En 1980, con tres votos disidentes, la Corte declaró la constitucionalidad de una ley que reservaba el 10% de los fondos federales destinados a los proyectos locales de carácter público para las empresas cuyos titulares eran negros, hispanohablantes, orientales, indígenas o esquimales; conforme el voto mayoritario, aún una cuota numérica es permisible en los casos en que el Congreso ha encontrado una historia de discriminación racial<sup>103</sup>.

En cambio, en 1989, en *City of Richmond c/ J. A. Croson*, declaró inconstitucional un programa municipal, llamado "plan Richmond", que obligaba a las empresas contratistas del Estado a subcontratar, por lo menos, un treinta por ciento de cada contrato con empresas comerciales que pertenecían a cier-

<sup>100</sup> Cit. por Welch, S., y Gruhl, John, *Affirmative action and minority enrollments in medical and law schools*, Michigan, ed. The University of Michigan Press, 1998, pág. 28.

<sup>101</sup> Welch, S., y Gruhl, John, *Affirmative action and minority enrollments in medical and law schools*, Michigan, ed. The University of Michigan Press, 1998, pág. 25.

<sup>102</sup> Cit. y comentado por Lerat, Christian, *La Cour Suprême des États Unis; pouvoirs et évolution historique*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 5° ed., 1991, pág. 169.

<sup>103</sup> Cit. por Currie, David, *Introducción a la constitución de los Estados Unidos*, trad. de V. Gómez, Bs. As., Zavalía, 1988, pág. 94.

tas minorías, es decir a determinados grupos raciales o étnicos<sup>104</sup>.

En 1995, en *Adarand Constructors Inc c/ Peña*, decidió que cualquier programa federal de acción afirmativa debe ser examinado bajo el método del llamado "examen exigente" que supone que si la clasificación se hace según un criterio "sospechoso" (por ej., la raza), la clasificación es constitucional sólo si está estrechamente diseñada para promover un interés gubernamental prioritario<sup>105</sup>. En ese caso, recuérdese, *Adarand* era el titular de una empresa constructora de Colorado Spring, que perdió la subcontratación, no obstante ofrecer el precio más bajo, por aplicación de una ley federal (*Small business Act and Department of Transportation regulation*), que establecía que los contratistas del Estado que subcontrataban con pequeñas empresas cuyos dueños o administradores eran social y económicamente individuos desventajados, recibían una compensación del gobierno. El Estado federal decía que esta normativa no beneficiaba a un grupo por la raza, sino a las pequeñas empresas, normalmente en desventaja en la contratación de este tipo de obras. El actor, por el contrario, afirmaba que el programa, en los hechos, tenía en cuenta la raza.

En marzo del año 2001, la Corte Federal ha decidido aceptar el caso planteado por la *U.S. Transportation Department's* para analizar nuevamente la cuestión relativa a si los programas en favor de la adjudicación en las licitaciones para construir autopistas en favor de las pequeñas empresas dirigidas por grupos minoritarios (especialmente negros y mujeres) responde o no al examen exigente; es decir, si el programa es suficientemente "narrowly tailored"<sup>106</sup>.

En cambio, en abril de este año, el procurador general de Texas solicitó a la Corte Federal que revea la doctrina del caso *Hopwood*, que permitió a las universidades públicas de Texas utilizar la raza como factor de determinación de admisión, becas y ayudas financieras. En su petición, Cornyn, un republicano, dijo que la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas y otros institutos públicos necesitan ser guiados en sus esfuerzos para corregir antiguas discriminaciones contra minorías raciales y que el largo silencio impuesto desde 1992 ha provocado dudas interpretativas. Sin embargo, la Corte rechazó el pedido<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel, 1984 trad. por Marta Guastavino, pág. 327 y ss. Compulsar, igualmente, Schwartz, Bernard, *El derecho y los problemas contemporáneos*, Córdoba, Libro del Cincuentenario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias. Sociales de Córdoba, 1991, pág. 34.

<sup>105</sup> Cit. por Barker, Robert, "El control de constitucionalidad en los Estados Unidos de Norteamérica", en *Desafíos del control de constitucionalidad* (obra colectiva coordinada por Victor Bazán), Bs. As., ed. Ciudad Argentina, 1996, pag. 313. El caso está excelentemente analizado por Harris, Angela, "Equality Trouble: Sameness and difference in Twentieth-Century Race Law", en *California Law Review*, Dec. 2000, vol. 88 n° 6 pág. 1926, págs. 2004/2007.

<sup>106</sup> Vicini, James, "Supreme Court to decide Affirmative Action Case", en <http://www.britannica.com/news/reuters>; Asseo, Laune, High Court to Review Affirmative Action, <http://dailynews.yahoo.com/h/abc/20010326>. Los grupos protectores de las minorías no se muestran muy optimistas respecto del resultado (véase Forsman, Theresa, "Affirmative Action's Latest, Greatest Challenge", <http://biz.yahoo.com/bizwk/010409/k>).

<sup>107</sup> Moritz, John, "Coryn asks that high court review college ad-

Otros tribunales inferiores continúan estrechando cada vez más el ámbito de aplicación de estas medidas. Así, por ejemplo., el juez del Distrito, con sede en Detroit, acogió la demanda interpuesta por una mujer blanca que había sido rechazada por la universidad en 1997 en virtud de un sistema que se asemejaba al cupo<sup>108</sup>.

#### d) La especial situación del Estado de California

En California, por *referéndum* de noviembre de 1996, se introdujo una cláusula constitucional (llamada Proposición 209) que prohíbe a los órganos públicos otorgar tratos preferenciales basados en la raza, sexo, color u origen nacional. Esta enmienda, que pone un valladar fuertísimo a la acción positiva, produjo que la Universidad de California aboliera la acción positiva en nueve facultades<sup>109</sup>. La supresión produjo que en 1997, en *Boal Hall*, facultad de derecho ubicada en *Berkeley Campus*, de 243 estudiantes ingresados, ninguno fuese negro, 7 eran latinos, ninguno era "Native American" (indígena) y 32 eran Asiáticos-americanos<sup>110</sup>. El cambio no pasó desapercibido para los estudiantes, quienes siguen realizando numerosos actos de protesta<sup>111</sup>.

### 11. La acción positiva en el derecho comunitario. Remisión

He abordado la cuestión de las acciones positivas ante el tribunal de Luxemburgo antes de ahora<sup>112</sup>. En esta oportunidad, me resta señalar dos puntos:

a) El criterio adoptado en el difundido caso *Kalanke*, de 1995, que tanta tinta hizo correr, fue sometido a revisión en el caso *Marschall*, del 11/11/1997. En el considerando 24, el tribunal señala la diferencia entre la cláusula discutida en *Kalanke* y la sometida esa vez a su decisión, perteneciente a una regulación del Land de Nordrhein Westfalen; dijo que en este caso, "las mujeres no gozan de preferencia en la promoción si concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor"; el tribunal llama "cláusula de apertura" a esta variante. En definitiva, se resolvió que "Los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la directiva 76/207 CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, no se oponen a una norma nacional que, en el caso de que candidatos de ambos sexos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su

mission case", <http://www.star-telegram.com/news/doc/1047/1>.

<sup>108</sup> Ellis, Michael, Court nixes Law Schools Affirmative Action Policy, <http://dailynews.yahoo.com/h/nm/20010327>.

<sup>109</sup> Peters, Anne, *Women, Quotas and Constitutions*, London, ed. Kluwer Law, 1999, pág. 5.

<sup>110</sup> Moran, Rachel F., "Diversity and its discontents: The end of affirmative action at Boalt Hall", en *California Law Review*, Dec. 2000, vol. 88 n° 6 pág. 1926, pág. 2245.

<sup>111</sup> Cynthia Gouw, "Affirmative Action Rally Turns Ugly", en <http://dailynews.yahoo.com/h/kpix/20010418>.

<sup>112</sup> Compulsar, de mi autoría, "El principio de igualdad y el derecho comunitario", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As.*, año XLII, 2ª época, n° 35, 1997.

aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad de la administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor, siempre que dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino, y que tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas<sup>113</sup>.

Posteriormente, la Corte Europea ha vuelto a decidir en los casos *Badeck y otros*, del 28/3/2000, y *Abrahamsson y Anderson c/ Fogelqvist*, del 6/7/2000.

En el primero, estaba en consideración una ley del Land de Assia, que establecía por el término de trece años a partir de su entrada en vigor, medidas en favor de las mujeres tales como: asignación preferencial de puestos de formación profesional; medidas adecuadas para llamar la atención sobre la existencia de estos puestos; prohibición de computar el estado familiar de los candidatos; mitad de mujeres son requeridas en comisiones, consejos, organismos de administración y control, etc. Estas medidas fueron consideradas conforme al derecho comunitario, desde que no suponen el acceso o preferencia automática al puesto de trabajo en favor de la mujer.

En "*Abrahamsson*" declaró contrario al principio de igualdad un reglamento sueco que reservaba un cupo (treinta puestos) para candidatas mujeres en el sector de la enseñanza superior y universitaria<sup>114</sup>. Los hechos que motivaron la causa son los siguientes: en junio de 1996, la Universidad de Göteborg anunció el llamado a concurso de la cátedra de Ciencia de la Hidrosfera. Se presentaron ocho candidatos. Después de la primera puntuación, que tuvo en consideración exclusivamente los méritos científicos, se ubicó primero el Sr. Anderson; sin embargo, en la segunda puntuación, en la que se tuvo en cuenta el reglamento mencionado, el primer puesto lo ocupó la Sra. Destouni, el segundo Anderson y el tercero la Sra. Fogelqvist. La Sra. Destouni desistió de su can-

didatura; el rector llamó nuevamente a la comisión asesora y pidió que otorgara nuevamente el puntaje y tuviera en cuenta el reglamento; la comisión dijo que ese dato ya había sido considerado al hacer la calificación de todos los participantes, y que las diferencias entre Anderson y la Sra. Fogelqvist eran considerables. Sin embargo, el Rector adjudicó el cargo a la Sra. Fogelqvist, fundado en el reglamento. La decisión fue recurrida por Anderson y otra candidata, la Sra. Abrahamsson. Anderson afirmaba que la decisión contrariaba la jurisprudencia del caso Kalanke. La Sra. Abrahamsson decía que había sido mal evaluada, que sus antecedentes eran superiores a Fogelqvist, pero reconocía que eran inferiores a los de Anderson. La comisión que entendía en la apelación consideró que la Sra. Abrahamsson había sido bien calificada, por lo que su recurso fue rechazado. También evaluó que: los antecedentes científicos de Anderson eran muy superiores a los de la Sra. Fogelqvist; desde el punto de vista pedagógico no existían diferencias sustanciales entre ambos; en el ámbito administrativo, había una ventaja en favor de la Sra. Fogelqvist. La comisión entendió que debía hacer prevalecer los mejores méritos científicos de Anderson, por ser éste el criterio generalmente aceptado en los concursos; sin embargo, consideró que los límites a la acción positiva estaban vinculados al riesgo de disminuir el nivel de eficiencia en el servicio de la enseñanza pública universitaria, peligro que no se corría si se designaba a la Sra. Fogelqvist. Frente a estas dificultades, la Comisión concurre a la Corte de Justicia de la Unión Europea<sup>115</sup>. En la sentencia bajo comentario el tribunal comenzó por recordar su jurisprudencia anterior y afirmó que las medidas de acciones positivas son conformes al D. Comunitario sólo si reúnen dos requisitos: la preferencia no se acuerda en forma automática e incondicionada; y las candidaturas son objeto de un examen objetivo que tiene en cuenta la situación personal de todos los postulantes. En el caso, estimó no cumplidos estos recaudos pues el reglamento en discusión establecía un cupo automático<sup>116</sup>.

b) Las acciones positivas están expresamente mencionada en nuevos documentos comunitarios. Así, por ejemplo, el artículo 6 del Protocolo sobre política social al Tratado de Maastricht establece que "no será obstáculo (al principio de igualdad) el mantenimiento o la adopción por los Estados miembros de medidas que prevean ventajas específicas destinadas a facilitar el ejercicio de una actividad profesional a las mujeres o a prevenir o compensar las desventajas de su carrera profesional"<sup>117</sup>.

Concretamente, el artículo 6 del Tratado de Amsterdam dispone: "Sin perjuicio de las demás dispo-

<sup>113</sup> Compulsar sentencia del caso Marschall del 11/11/1997 en *Foro Italiano* 1998-IV-295. Varios estados alemanes han dictado este tipo de leyes; véase, por ej., la de Hamburgo del 19/5/1991, que reserva a las mujeres el 50% de los cargos, bajo las condiciones allí previstas y dispone que en todos los puestos donde existan consejos del personal debe haber un programa de acción positiva para las mujeres, para su capacitación y calificación (La ley está transcrita bajo el título "Le quote riservate in favore delle lavoratrici in una legge tedesca", en *Riv. Italiana di Diritto del Lavoro*, anno XII n° 4, Ottobre-Dicembre 1993, pág. 238, Seconda parte).

<sup>114</sup> No deja de extrañar la infra-representación señalada en el texto. En Argentina, salvo algunos sectores, aún en el ámbito universitario y de enseñanza superior prevalecen las mujeres sobre los hombres. No tengo dudas que en esta diferencia inciden, fundamentalmente, las remuneraciones.

<sup>115</sup> El primer problema que se planteó el tribunal fue si esa Comisión (la *Overklagandennden för Högskolan*) debe ser considerada un "juez" en el sentido del art. 177 del Tratado. Contestó afirmativamente, por ser un órgano permanente, que resuelve de modo autónomo.

<sup>116</sup> Véase *Il foro italiano* 2000, n° 9, pág. 362. Un resumen de la decisión, en lengua española, puede verse en el *Boletín de Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera instancia de las comunidades europeas*, n° 21/2000, pág. 24/27.

<sup>117</sup> Cit. por Ballester Pastor, María A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1994, pág. 87.

siones del presente tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra toda discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o creencias, minusvalía, edad o tendencias sexuales".

Creo que las autoridades de la Unión Europea han querido apuntalar las acciones positivas incorporándolas al llamado "Derecho constitucional comunitario"; mas, dadas las profundas críticas a las que están sujetas, se exige, que el Consejo tome la decisión por unanimidad y, para mayor control, se requiere que la medida haya sido propuesta por la comisión y se haya consultado al Parlamento. En suma, que todos los órganos comunitarios participen de la decisión.

El propósito se reitera con la modificación del artículo 3 del Tratado al que adiciona la siguiente frase: "En todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades y de promover la igualdad entre el hombre y la mujer".

Finalmente, señalo que el artículo 23, 2º párrafo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en el Consejo Europeo de Niza los días 7 y 8 de diciembre del año 2000, dispone: "El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado".

## 12. Breves referencias a algunas experiencias normativas<sup>118</sup>

### a) Italia

El artículo 3 de la Constitución de Italia dispone: "Incumbe a 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".

En cumplimiento de ese mandato, la ley 121 del 10/4/1991 reguló la acción positiva para la realización de la igualdad hombre-mujer en el trabajo, cuyos objetivos he transcritos supra III.2. Me limitaré a informar sobre parte de su contenido.

El artículo 5 crea, dentro del ámbito del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, el Comité Nacional para la actuación de los principios de igualdad de tratamiento y de igualdad de oportunidad entre trabajadores y trabajadoras. Ese comité está formado por el ministro del Trabajo o su delegado, cinco personas designadas por la confederación sindical de trabajadores más representativa en el orden nacional; cinco integrantes designados por la confederación

sindical de los trabajadores de diversos sectores económicos; uno que representa al movimiento cooperativo y once representantes de los movimientos feministas. Prevé la participación sin voto de seis expertos en materia jurídica, económica o sociológica con competencia en materia laboral; cinco representantes del ministerio de educación, justicia, asuntos exteriores, industria, comercio y artesanado y de la función pública<sup>119</sup>.

El artículo 9 dispone que las empresas públicas y privadas que ocupan más de cien dependientes están obligadas a pasar un informe, al menos cada dos años, sobre la situación del personal masculino y femenino relativo al estado, la formación, la promoción profesional, el nivel de promoción de categorías o de calificación y otros fenómenos de movilidad. El artículo se inspira en una solución similar de la ley francesa nº 635/1983 sobre la igualdad profesional de hombres y mujeres<sup>120</sup>.

La doctrina italiana destaca la escasa aplicación de estas disposiciones y señala, como una de las causas, pero no la única, el aumento global de la desocupación<sup>121</sup>.

### b) España<sup>122</sup>

El artículo 9 de la Constitución española dice: Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social<sup>123</sup>.

En varias sentencias (ver, por ej., la nº 16/1995) el Tribunal Constitucional español recuerda que "no se puede olvidar que poner fin a la histórica situación de inferioridad de la mujer es un objetivo constitucionalmente planteado en la actualidad por los poderes públicos en orden a la consecución de las condiciones

<sup>119</sup> Para un análisis del art. 5 ver Gaeta, Lorenzo e Jannelli, Iolanda, "Il comitato nazionale per la parità", en *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, obra colectiva dirigida por Lorenzo Gaeta - Lorenzo Zoppoli, Torino, ed. Giappichelli, 1992, pág. 27.

<sup>120</sup> Santucci, Rosario, "Il rapporto informativo sul personale", en *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, obra colectiva dirigida por Lorenzo Gaeta - Lorenzo Zoppoli, Torino, ed. Giappichelli, 1992, pág. 177 y ss.

<sup>121</sup> Ballestrero, Maria V y Treu, Tiziano, "Note introduttive", en *Le nuove leggi civili commentate*, anno XVII nº 1, 1994, Cedam, 1994, pág. 9.

<sup>122</sup> Un amplio panorama del derecho español del trabajo y las acciones positivas en favor de la mujer se encuentra en Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, ed. Consejo Económico y social, 1999. Un sector de la doctrina española se queja de que en ese país el tema sea abordado, casi con exclusividad, desde la posición jurídica de la mujer en las relaciones laborales, debilitándose el estudio de la dogmática constitucional (véase Giménez Gluck, David, "Caracteres constitucionales de la acción positiva", en *La Justicia constitucional en el Estado democrático*, obra colectiva coordinada por Espín Templado, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2000, pág. 331).

<sup>123</sup> Algunas constituciones provinciales argentinas siguen de cerca el texto transcritos. Así, por ej., el art. 16, 2º parte de la Constitución de San Luis dice: "Deben removerse los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los habitantes, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los habitantes en la organización política, económica y social de la provincia".

<sup>118</sup> Se afirma que, en general, por el momento, la jurisprudencia europea se muestra hostil al reconocimiento de un eventual derecho a la discriminación positiva (Flauss, Jean Francois, "Discrimination positive et Convention Européenne des Droits de l'Homme", en *Pouvoir et Liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, ed. Bruylant, 1998, pág. 422).

de igualdad que propugna el artículo 9.2 de la Constitución Española<sup>124</sup>. Consagra en alguna de estas decisiones lo que un sector de la doctrina española llama "la jurisprudencia de la desigualdad justificada"<sup>125</sup>.

#### c) Francia<sup>126</sup>

La ley 83/635 de modificación al Código del Trabajo establece la licitud de las medidas *temporales*, en exclusivo beneficio de las mujeres, que tengan por objeto establecer la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Del contexto general de su articulado surge que la educación de la mujer ha sido la prioridad uno del legislador.

Entre las medidas autorizadas se enumeran:

— Adoptar planes para la igualdad profesional, que deben ser consensuados o negociados y si no fuera posible, tomados unilateralmente por el empresario.

— Hacer llegar al comité de empresa un informe sobre las condiciones generales de empleo y formación de hombres y mujeres y de su respectiva situación en materia de contratación, formación, promoción profesional, clasificación profesional, cualificación, condiciones de trabajo, remuneración efectiva.

#### d) Suecia

En este país nórdico se aprobó por ley una medida de discriminación positiva a aplicar durante los años 1995/1996 que afecta a los sectores de profesorado e investigación; en el presupuesto del Estado se ha previsto la asignación de fondos especiales destinados a promover la igualdad en el trabajo estableciéndose una regla de preferencia de contratación de candidatos cuyo sexo se encuentre infrarepresentado, independientemente de las cualificaciones de los mismos.

#### e) Austria

En Austria, los sistemas de cuotas pueden afectar indistintamente a hombres y mujeres en cuanto uno

de los géneros se encuentra por debajo del 40%; estas disposiciones han sido declaradas compatibles con la Constitución austríaca. Además, todas las administraciones tienen la obligación de vigilar la existencia de una relación numérica equilibrada entre hombres y mujeres en todos los niveles<sup>127</sup>.

#### f) Argentina

El artículo 75 inc. 23 de la Constitución Argentina, después de la reforma de 1994 enumera, entre las atribuciones del Congreso:

"Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

### 13. Destinatario del mandato: ¿legislador o juez?

Coincido con Bidart Campos que aunque la acción positiva es un mandato dirigido al Congreso, "no sería la primera vez que la Corte, frente a normas dirigidas al legislador, las ha tomado en cuenta como pautas que también deben influir y orientar en la interpretación judicial de las causas sometidas a decisión de los tribunales"<sup>128</sup>.

Algunos autores llevan este razonamiento a sus máximas consecuencias; entienden que la norma es operativa; por eso, si el legislador no legisla para promover la igualdad real, la jurisdicción ordinaria está facultada a fin de asegurar un real ejercicio de los derechos individuales<sup>129</sup>.

En mi opinión, el juez puede interpretar las normas existentes a la luz del principio de acción positiva para resolver un conflicto particular pero no se me ocurre de qué modo puede, en general, cubrir la omisión legislativa frente a la carencia de toda norma.

La cuestión se vincula a dos problemas graves que exceden los límites de este trabajo; por un lado, al carácter obligatorio o facultativo de las acciones positivas —al que he hecho algunas referencias supra III.5— y, de aceptar la naturaleza obligatoria, al tema de la inconstitucionalidad por omisión, ampliamente discutido en la doctrina<sup>130</sup>.

<sup>124</sup> Cit. por Pérez del Río, "La discriminación positiva", en *Mujer, derecho y sociedad*, Sevilla, 1996, pág. 332.

<sup>125</sup> Compulsar Freixes Sanjuán, Teresa, Constitución, "Tratado de Amsterdam e igualdad entre hombres y mujeres", en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, ed. del Consejo General del Poder Judicial, 1999, pág. 197.

<sup>126</sup> La legitimidad constitucional de la acción positiva es sumamente discutida en Francia. Pruebas de las discrepancias se encuentran en la obra de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, bajo el título "1999 La lutte contre le racisme et la xenophobie. Discriminations et Droit de l'Homme", Paris, *La documentation française*, 2000, págs. 138/147. Los autores franceses también discrepan en torno a si la obra *A Theory of justice* de John Rawls (1971) es o no una tentativa de definir los fundamentos filosóficos del Estado providencia y justificar, en el marco de la teoría liberal, las políticas redistributivas tendientes a la reducción de las desigualdades sociales, efecto pretendido por las acciones positivas (véase Sabbagh, Daniel, "Les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls", *Rev. Droits*, n° 29, 1999, pág. 177 y ss). Para esta cuestión ver también Kymlicka, Will, *Les théories de la justice*, Paris, ed. La découverte, 1999, pág. 61 y ss.

<sup>127</sup> Datos aportados por Pérez del Río, "La discriminación positiva", en *Mujer, derecho y sociedad*, Sevilla, 1996, pág. 338.

<sup>128</sup> Bidart Campos, Germán, *¿Una cita omitida de la constitución reformada en dos sentencias de la Corte Suprema?* ED 166-36. El autor destaca que el comentario no debe ser tomado como una crítica disvaliosa al fallo sino que tratándose de una cláusula tan nueva en la constitución reformada, la Corte podría haber incluido en alguno de los dos fallos aún somero reenvío al sentido que surge de la parte pertinente del art. 75 inc 23.

<sup>129</sup> Barbarosch, Eduardo, "La igualdad real de oportunidad en la reforma de la constitución nacional", en *Estudios sobre la reforma constitucional de 1994*, obra colectiva coordinada por G. Bidart Campos y H. Sandler, Bs. As., Depalma, 1995, pág. 92.

<sup>130</sup> Ver, entre otros, Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de D. Constitucional argentino*, Bs. As., Ediar, 1995, t. VI pág. 315; Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Bs. As., ed. Astrea, 1993, t. I pág. 94; Bazán, Víctor, *Inconstitucionalidad por omisión: la experiencia brasileña y un*

### III. ESPECIAL SITUACIÓN DE LOS DISCAPACITADOS

En EE.UU., la *Rehabilitation Act*, de 1973, en su sección 504 prohíbe todo tipo de discriminación contra el discapacitado "handicaped"<sup>131</sup>. Otras leyes (la *Civil Rights Restoration Act* de 1987) definen al discapacitado como el "individuo que sufre una disminución física o mental limitativa, de modo sustancial, de una o más actividades vitales primarias y aquél que ha sido oficialmente reconocido o generalmente considerado como portador de tal disminución". Otra normativa federal, la *Americans with Disabilities Act* (ADA) de 1990, teóricamente, completó la protección. Sin embargo, la reciente decisión de la Corte Federal de los EE.UU. del 21/2/2001, recaída in re *University of Alabama v/Garret* parece contradecir este aserto. Efectivamente, por cinco votos contra cuatro, la Corte Federal dijo que la normativa no autoriza al discapacitado a reclamar su cumplimiento a los gobiernos estatales<sup>132</sup>. El precedente es preocupante, porque afecta la eficacia de la cláusula "reasonable accommodation", corazón del ADA, que impone al empleador "hacer razonables esfuerzos para crear un lugar de trabajo en el cual el discapacitado pueda funcionar". En el caso, Patricia Garret era una enfermera que trabajaba en el centro médico de la Universidad de Alabama; se descubrió que tenía cáncer de pecho y se le dio una licencia mientras se recuperaba de la operación que se le practicó; cuando regresó al trabajo, fue colocada en otro puesto en el que se la degradaba de categoría; la empleadora decía que su discapacidad, seguramente, le impediría desarrollar sus tareas satisfactoriamente. El caso de Patricia Garret fue tratado conjuntamente con el de Milton Ash, un oficial estatal que sufría de asma y que demandó a su empleadora por no proveerle de un lugar de trabajo donde no se fumara. Los tribunales de primera instancia rechazaron la demanda, en razón de la normativa que impide demandar directamente al Estado local sin consentimiento previo de éste (doctrina de la inmunidad soberana). El tribunal de apelaciones revocó esa decisión; se fundó en la enmienda

ejemplo a tener en cuenta por el derecho argentino, Rev. Entre Abogados, San Juan n° 8 pág. 18; del mismo autor, "Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva", en obra colectiva *Desafíos del control de constitucionalidad*, Bs. As., ed. Ciudad Argentina, 1996, pág. 171; Moras Mom, Jorge, "La inseguridad jurídica y una inconstitucionalidad por omisión", Suplemento *La ley* del 21/10/1993, pág. 3; Ferreira Maciel, Adhemar, Mandato de injuncao e inconstitucionalidade por omissao, Rev. *Ajuris*, n° 45, 1989, pág. 123.

<sup>131</sup> El extensión de la expresión fue objeto de numerosas resoluciones judiciales. En un caso, se negó su aplicación en favor de una persona zurda a quien la patronal (servicio postal) obligaba a trabajar con la mano derecha, lo que producía un menor rendimiento, razón por la que fue despedida. La decisión fue criticada por un sector de la doctrina (VerMcEvoy, Shartene, *Left-handed complment: De la Torres v/ "Bolger and the Rehabilitation Act of 1973"*, en *Rev. de Derecho Puertorriqueño*, n° 103, Julio/Octubre 1988, pág. 37).

<sup>132</sup> Williams, John M., *The High Court's Low Blow to the Disabled*, en <http://www.infiniti.com>. El autor comienza la nota del siguiente modo: "Hace muchos años, cuando comencé a buscar trabajo, visité muchos departamentos del gobierno estatal. En más de una docena de ocasiones me dijeron. Aún cuando Ud. está calificado para el trabajo, no podemos ofrecérselo porque Ud. es tartamudo".

14 (igualdad ante la ley) que abre la acción aún contra el Estado local. Sin embargo, la Suprema Corte revocó la decisión del tribunal de Apelaciones y falló en favor del gobierno del Estado, de tal modo que "la inmunidad del gobierno local prevaleció sobre los derechos civiles de los discapacitados". Por la mayoría votaron los jueces conservadores Rhenquist, Thomas, Sandra Day O'Connor, Kennedy y Scalia. El voto del preopinante se funda en que la discriminación en contra de los discapacitados por el Estado empleador es un evento extremadamente raro que no justifica la modificación a la regla de la inmunidad; agregó que la enmienda constitucional 14 no obliga a los Estados a dar especiales ubicaciones a los discapacitados sino en la medida en que sea racional, por lo que al organizar los servicios, no están obligados a tener en cuenta la existencia de discapacitados. La decisión ha sido criticada pues priva de todo peso al concepto de "reasonable accommodation"; al parecer, la única "justificación" a este paso atrás en la protección de los discapacitados se encuentra en el *costo suplementario* que supone tener este tipo de empleados (los ciegos usan impresión Braille, los cuadripléjicos, un software especial, etc.)

### IV. LA EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS QUE ESTABLECEN ACCIONES POSITIVAS

Aunque la jurisprudencia estadounidense muestra un franco retroceso en su aceptación, al parecer, en EE.UU. este tipo de normas han producido modificaciones importantes en las pautas culturales. En Europa, el equilibrio jurisprudencial también parece haber incidido en los comportamientos sociales. En cambio, no se advierten transformaciones trascendentes en la sociedad latinoamericana: aunque las constituciones señalen como categorías especiales a proteger "los niños, los ancianos y los discapacitados", los niños de la calle aumentan<sup>133</sup>, las leyes de emergencia dilatan las pretensiones procesales de los ancianos y los discapacitados no consiguen trabajo. En fin, una vez más, las normas prometen medidas que luego no se ven reflejadas en la realidad<sup>134</sup>.

<sup>133</sup> Según algunos autores, el niño no parece tutelado ni siquiera en el contrato de aprendizaje (art. 4 ley 24465) generándose una discriminación desprotectora por edad de ribetes constitucionales (Camota, Walter, "Las medidas constitucionales de acción positiva y su incidencia en el derecho del trabajo", *Doctrina Laboral*, Errepar, oct. 1996 n° 134, pág. 877).

<sup>134</sup> Camota, Walter, "Las medidas constitucionales de acción positiva y su incidencia en el derecho del trabajo", *Doctrina Laboral*, Errepar, oct. 1996 n° 134, pág. 877.

# Derecho judicial y derecho jurisprudencial (nobles sueños, pesadillas y vigiliass del juez)

Francisco de P. BLASCO GASCO

La posibilidad de conocer de antemano la norma jurídica, su eficacia y su alcance, así como la interpretación de la norma sostenida por quienes tienen jurisdicción, los que dicen el derecho, es un pilar esencial en cualquier sistema jurídico. Pero la solución legislativa, los materiales con que construye dicho pilar, no es siempre la misma. Los dos grandes sistemas jurídicos en que, por mor de la sistematización, dividimos el mundo del derecho, es decir, el *civil law* y el *common law*, difieren esencialmente en tres cuestiones que afectan directamente al juez<sup>1</sup>:

1. En cómo dotar de certidumbre al derecho, no sólo legal (procedimiento de creación, norma escrita y publicada) sino también judicial, es decir, en los medios de previsión de las decisiones judiciales

2. En el trato dado a los particulares que se hallan en la misma situación, que tiene mucho que ver con el derecho a la igualdad y el principio de justicia y muy poco (en realidad nada) con el principio de independencia judicial.

3. En la manera en que el jurista y, en concreto, el juez, determina y razona la respuesta jurídica: bien inductiva, en el área anglosajona; bien deductiva, en la continental.

En breve, se puede decir como sigue: los países del *common law* atienden a lo que se llama creación judicial del derecho, con base en el principio de *stare decisis* y del precedente judicial vinculante. En los países del *civil law*, la respuesta se obtiene mediante la creación legislativa del derecho, con base en el principio de legalidad.

Y aquí comienzan caminos divergentes que, como veremos, acaban encontrándose:

En el *common law* el derecho es de creación casuística y judicial (*case law*) y el juez utiliza un pensamiento o razonamiento inductivo que va de lo concreto (el caso real, los hechos) a lo general (la norma jurídica judicial), de manera que el grado de abstracción es mínimo y la demanda de seguridad máxima.

En el *civil law*, la creación del derecho es legislativa, con base en normas jurídicas escritas de estructura simple (supuesto de hecho y consecuencia jurídica) y enunciado general y abstracto. Así, el razonamiento del juez continental es un razonamiento deductivo que, mediante una serie de concatenaciones lógicas, va de lo general a lo particular.

De este modo, el juez anglosajón deriva la primera solución de los hechos y las siguientes del precedente; mientras que el juez continental la deriva de la norma jurídica preestablecida. Este modo de

razonar hunde sus raíces en el grado de abstracción que admite cada ordenamiento jurídico.

Pero, ¿podemos asegurar que todo esto es cierto, que los sistemas son tan diferentes en el momento de aplicación del derecho, que los jueces son tan distintos? ¿Podemos afirmar que el juez continental está subordinado sólo a la ley y que vive en el paraíso y tiranía de la norma ya creada, mientras que el juez anglosajón queda vinculado por el precedente y vive, a su vez, en el infierno y en la libertad de la creación judicial del derecho? Las cosas no son realmente tan sencillas<sup>2</sup>.

Un texto del juez Cardozo ya nos pone sobre una pista seria:

“La norma que se nos pide que apliquemos no está en armonía con la vida que nos rodea... Pero en este caso la aplicamos porque su revocación podría ser perjudicial a los que han confiado en ella. Sin embargo anunciamos que si alguien confía en la misma en lo sucesivo lo hará a su propio riesgo” (B. N. Cardozo, *Great Northern Ry. v. Sunburst Oil*, 287 US 358 (1932).

Por un lado, en el derecho anglosajón no todos los precedentes son vinculantes. En general, lo son los de los órganos superiores (*binding precedent*) y, en particular los de la House of Lords, que se vinculó a sí misma en 1898 y se desvinculó de sí misma en 1966 (Practice Statement, 1966, 3 All ER 77). En realidad el carácter vinculante (*binding*) o persuasivo (*persuasive*) del precedente depende del orden jerárquico del Tribunal (no vinculan los jerárquicamente iguales ni, claro está, los inferiores), pero también de la autoridad o respeto que merece, entre sus colegas, el juez que dictó la resolución.

Asimismo, la doctrina del precedente no es la misma que la del principio del *stare decisis*, a menudo confundidas. La doctrina del precedente se incardina en la cuestión de las fuentes del ordenamiento jurídico, de manera que el precedente vincula no por precedente sino por constituir norma jurídica. El *stare decisis* vincula a un tribunal con sus decisiones anteriores, pero no tanto por ser precedentes cuanto por ser dictadas por el mismo tribunal: es un problema de igualdad ante la aplicación de la norma jurídica. En otras palabras, el sistema del precedente supone que la decisión judicial del caso en litigio se debe resolver con base en las *rationes decidendi* de sentencias anteriores de casos iguales o similares expuestas por tribunales supe-

<sup>1</sup> En general, vid. Galgano, F., *et alii*, *Atlas de derecho privado comparado*, trad. esp. Fernández Campos-Verdera Server, Madrid, 2000, págs. 21 y sigs.

<sup>2</sup> Herzog J. B., *Le Droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne*, Études de droit privé espagnol, 6, Toulouse, 1942, págs. 221. Por lo demás, este autor, configura la norma jurisprudencial como una norma jurídica, como una regla de derecho que no es ni legal ni consuetudinaria, pág. 160; Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho*, (trad. E. Valenti Fiol) Barcelona, 1961, págs. 34 y 35

riores, de manera que tales *rationes* previas conforman el ordenamiento jurídico, son normas jurídicas. El principio *stare decisis* significa que un juez o tribunal queda vinculado por sus propias decisiones para casos futuros. El sistema del precedente se incardina en sede de fuentes del ordenamiento jurídico: el precedente es fuente del derecho. El principio *stare decisis* se vincula a un principio de justicia y, en concreto, al de igualdad en la interpretación y aplicación de la norma jurídica ya creada por la ley, la costumbre o los principios generales del derecho.

Finalmente, el juez anglosajón puede separarse tanto del precedente vinculante como de sus decisiones anteriores a través de diversas figuras: *Distinguishing of a case* es la declaración de que la decisión previa no se reconoce y el efecto puede ser limitarla fielmente a sus propios hechos particulares o individuales<sup>3</sup>. El *refusal to follow* supone la posibilidad del juez de no seguir la decisión de otro juez que se halla a su mismo nivel jerárquico, en cuyo caso el conflicto espera la resolución de un tribunal superior. Del mismo modo, un caso puede perder su cualidad de ley, aunque no sea revocado (*reversed*) ni eliminado (*overruled*), por causa de un cambio de circunstancias o condiciones (*changed conditions*): *cessante razione cessat ipsa lex*. El *overruling* es la acción de un tribunal superior que elimina o modifica la *ratio decidendi* observada por un tribunal inferior en otro caso similar. Supone, por tanto, un cambio de *ratio decidendi*, con abandono de la precedente e instauración de una nueva *ratio*<sup>4</sup>. El funcionamiento del *overruling* sólo se entiende dentro del sistema jerárquico judicial anglosajón<sup>5</sup> y supone una forma peculiar de modificación o eliminación del precedente, *rectius*, de la autoridad o vinculación jurídica de la *ratio decidendi* que configuró el precedente vinculante (*binder*). Es una prerrogativa de los tribunales superiores respecto del que decidió el caso. En general, su efecto es la creación de una norma jurídica en sentido contrario a la proposición por la que la anterior *ratio decidendi* obtuvo autoridad respecto de la doctrina del precedente<sup>6</sup>.

En la jurisprudencia continental, cada vez más, se pueden verificar los siguientes datos:

1. La labor judicial en la concreción de normas o cláusulas generales y abstractas: Qué sea buena o mala fe, abuso de derecho, buen padre de familia... no lo dice el legislador, sino el juez.

2. La labor judicial en la concreción de normas flexible y en la aplicación de la norma legal, adecuándola a la realidad y al caso concreto: artículos 3-1 y 2 CC.

3. La labor judicial en la corrección de normas jurídicas: doctrina jurisprudencial correcciona de la no presunción de solidaridad ex artículo 1.137 CC o creadora de la responsabilidad solidaria impropia ex artículo 1.591 CC.

4. La labor judicial en la concreción de principios generales del derecho.

5. La labor judicial en la creación de nuevas "regulae iuris" a través de las presunciones simples o *praesumptiones hominis*, como las que conducen a la inversión de la carga de la prueba de la culpa en sede de responsabilidad extracontractual.

6. La labor judicial, en definitiva, en la definición del ordenamiento jurídico, superado el prejuicio de su completud mediante las analogías *legis* y *iuris*: Ejemplo: sentencias del Tribunal Supremo 2 de julio de 1987 y 3 de marzo de 1989 sobre transexualidad.

7. Una mayor exigencia social de seguridad jurídica y en el tráfico jurídico, demandada por los ciudadanos al juez con mayor intensidad cuanto menor hallan en el legislador.

Decir que, en cualquier caso, aquí hay siempre una norma legal previa que el juez recrea es desconocer la función real del juez y quitar importancia a Miguel Angel porque, aunque esculpió el David, no creó el mármol.

Es verdad que el principio de legalidad impone la sometimiento del juez a la ley, hasta el punto que un juez no podría invocar objeción de conciencia para no aplicar una norma jurídica. Pero actualmente, carece de sentido sostener que el juez es sólo la boca de la ley, porque si lo es, es una boca que piensa y que no puede sustraerse de una elección valorativa en el momento de determinar, interpretar y aplicar la norma: la interpretación y aplicación de la norma jurídica la caso concreto lleva siempre aparejada una elección valorativa del juez de la que éste no se puede sustraer. Es más, la sustracción ya es en sí misma una elección valorativa, aunque se quiera revestir de neutralidad, tecnicismo o profesionalidad.

Por ello, puede decirse, como dice Nicol<sup>7</sup> que en cualquier sistema judicial donde una decisión pueda estar basada o justificada en anteriores decisiones (y esto vale también para nuestro sistema, no en orden a la creación de normas vía judicial o precedentes, pero sí en orden a la determinación e interpretación de la norma) cada pronunciamiento judicial (en nuestro caso del Tribunal Supremo) presenta dos elementos:

1. El elemento descriptivo, en cuya virtud el juez determina el derecho aplicable.

2. El elemento prescriptivo en cuya virtud el juez fija la interpretación y alcance de la norma que aplica.

Ambos elementos se hallan íntimamente ligados hasta el punto que, aunque puedan dissociarse mentalmente, en la realidad son inescindibles.

<sup>3</sup> Dias, R. W. M., *Jurisprudence...*, cit., págs. 145 y 146, donde dice (pág. 145) que "all that the doctrine means is that a judge must follow a precedent except where he can reasonably distinguish it".

<sup>4</sup> Dias, R. W. M., *Jurisprudence...*, cit., págs. 148 y sigs.

<sup>5</sup> Básicamente, en el orden civil, es la siguiente: Los County and Magistrates' Courts, tienen la jurisdicción limitada a causas de primera instancia; el High Court (Queen's Bench Division, Family Division y Chancery Division); el Court of Appeal (Civil Division) examina las apelaciones que provienen de los County Courts y de los High Courts; (Comité de Apelación de) la Cámara de los Lores (The Appellate Jurisdiction) (House of Lords) conoce de los recursos contra el Court of Appeal de Inglaterra y Gales, el Court Sessions de Escocia y el Court of Appeal de Irlanda del Norte. En general, Dias, R. W. M., *Jurisprudence...*, cit., págs. 127 y sigs.; Cross-Harris, *Precedent...*, cit., págs. 97 y sigs., en concreto, 102 y sigs.; Seroussi, R., *Introducción al Derecho inglés y norteamericano*, trad. E. Alcaraz Varó, Barcelona, 1998, págs. 21 y sigs.

<sup>6</sup> En general, una exposición clara y diáfana en Cross-Harris, *Precedent...*, cit., págs. 6, 129 y sigs. y 163 y sigs.

<sup>7</sup> Nicol, Andrew G. L., "Prospective overruling: a new device for English Courts?", en *The Modern Law Review*, 1976, vol. 39, pág. 542.

En definitiva, en los países del *civil law* se difunde cada vez más la convicción de que el juez no sólo aplica un derecho dado por la ley, sino que también crea un derecho nuevo<sup>9</sup>.

A esto contribuye decididamente el principio de igualdad (art. 14 CE), base del principio del *stare decisis* y de una idea mínima e intuitiva de la justicia: casos iguales se deben resolver de la misma manera. Pero también contribuye los límites intrínsecos de la ley como modo de producción del derecho: la ley es un instrumento lento, rígido, poco maleable, supeditado a los límites territoriales de la soberanía nacional. Frente a esto, el derecho jurisprudencial aparece como un derecho más vivo, más flexible para la adecuación del derecho a los cambios sociales. Y más aún el derecho contractual, que ni siquiera queda supeditado a las fronteras nacionales.

De hecho, un fenómeno que pone de manifiesto cuanto digo es el que ha sido llamado *la industria de la jurisprudencia*<sup>9</sup>: los abogados y los jueces apelan a los precedentes judiciales antes que a la ley (o a la ley interpretada según los precedentes judiciales). Y el mercado jurídico "vende" jurisprudencia, no leyes ni sesudas monografías: vende revistas recopilando jurisprudencia, revistas comentando jurisprudencia, bases de datos de jurisprudencia, códigos anotados con jurisprudencia, libros con índices jurisprudenciales, etc. A mayor exhaustividad en los índices jurisprudenciales, mayores ventas, porque la jurisprudencia representa aquí lo útil, lo práctico, lo cercano.

Todo esto es fácil de observar si reflexionamos acerca del instrumento más importante del juez, la sentencia. Si preguntara qué es una sentencia, alguien diría que es una resolución judicial escrita (al menos, en civil) que pone fin al proceso en su tramitación ordinaria o que resuelve los recursos extraordinarios (art. 206 LEC). Otro dirá los requisitos formales (encabezamiento, antecedentes de hecho,

fundamentos jurídicos y fallo (arts. 208 y 209 LEC). Y aún otro distinguirá entre sentencias materiales o de fondo y sentencias procesales o de absolucón en la instancia. Pero una sentencia es algo más.

De entrada, en una sentencia, sea el juez anglosajón o sea continental, late siempre una triple tensión en orden a su eficacia normativa (la sentencia es siempre una regla de conducta para unas personas), a su eficacia vinculante para casos similares y posteriores y a su eficacia temporal (retroactividad o prospectividad del cambio de criterio).

Por eso, las sentencias, no sólo en los sistemas anglosajones, desempeña una doble función:

— de un lado, resuelve el conflicto planteado ante el Tribunal, conflicto concreto entre dos partes;

— de otro lado, coadyuva al desarrollo del ordenamiento jurídico al aplicar e interpretar sus normas<sup>10</sup>.

La primera función la realizan todos los órganos judiciales al resolver el litigio planteado ante ellos; la sentencia, así, contiene una regla o norma de conducta individualizada y heterónoma (a diferencia de la norma contractual, que es autónoma) que deben observar los sujetos cuya disputa ha sido sometida a litigio, que vincula directamente a las partes y a sus causahabientes.

La segunda función, generalmente reservada a los tribunales de superior jerarquía y, por lo que respecta a nuestro sistema, al Tribunal Supremo y a los Tribunales Superiores de Justicia, configura la sentencia como una norma o criterio que conforma el ordenamiento jurídico: lo conforma, pero no forma parte de él (al menos del nuestro); lo integra, pero no se integra en él (arts. 1-6 CC y 1.692-4 antigua LEC), del mismo modo que las manos del alfarero moldean la figura de barro sin integrarse en ella. Mas la nueva LEC da un giro radical: el artículo 477, en sede de motivo único del recurso de casación (infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso), establece como una de las causas el interés casacional (art. 477-3) y, como manifestación de ésta, que la sentencia se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. De donde la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo se debe considerar una de las normas aplicables para resolver el litigio a que se refiere el artículo 477-1, pues este precepto no se refiere a la infracción de norma legal, ni siquiera de norma jurídica, sino de normas aplicables al caso en cuestión. Así, por otro lado, en sede de recurso en interés de ley, el artículo 490 LEC establece que tal recurso se interpone para la unidad de la doctrina jurisprudencial contra sentencias que resuelven recursos extraordinarios por infracción de ley procesal y el artículo 493 LEC concluye que las sentencias estimatorias de los recursos en interés de ley fijarán en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, dice, la sentencia "se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribu-

<sup>9</sup> En general, entienden que es fuente del Derecho, Planiol, M.-G. Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, T. I, 11<sup>a</sup> ed., París, 1928, pág. 48; Sánchez Román, F., *Estudios de Derecho civil*, T. I, Introducción, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 1899, pág. 31; Castán Tobeñas, J., *La formulación judicial del Derecho (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 1954, págs. 7 y sigs.; Robles Álvarez de Fuentemayor, A., "El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española", *RGLJ*, T. XV, 1948, págs. 554 y sigs.; Herzog J. B., *Le Droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne...*, cit., pág. 160; Puig Brutau, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, 1951; Id., *Cómo ha de ser invocada la doctrina del Tribunal Supremo*, en Medio Siglo de Estudios Jurídicos, Valencia, 1997, págs. 189 y sigs. (antes, en *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-febrero, 1953); Esser, J., *Principio y norma...*, cit., pág. 31; sigs. D'ors, A., *Principios para una teoría realista del Derecho*, en Anuario de Filosofía del Derecho, 1953, t. I, págs. 313 y sigs. De la Vega Benayas, C., *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código civil*, Madrid, 1976, págs. 93 y si.; Id., *Introducción al derecho judicial*, Madrid, 1970, págs. 144 y sigs.; Ogayar Ayllón, T., *Creación judicial del Derecho*, Madrid, 1975, págs. 21 y sigs.; De Diego, F. Clemente, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Madrid, 1925, el cual, a pesar de negar que la jurisprudencia fuera fuente formal del derecho, la configuraba como fuente indirecta, págs. 134 y sigs.; Bin, M., "Funcione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario", en *Contratto e Impresa*, 1988, *Otto voci sul precedente giudiziario*, págs. 545 y sigs. Como fuente de hecho la define Sbisà, "Certeza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law)", en *Contratto e Impresa*, 1988, *Otto voci sul precedente giudiziario*, págs. 519 y sigs.

<sup>10</sup> Galgano, F., *Atlas de derecho privado...*, cit., pág. 41.

<sup>10</sup> Cfr. Dowling, N. T., E. W. Patterson y R. Powell, *Materials for legal method*, Chicago, 1946, pág. 29.

nales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo".

Otra llamada a la jurisprudencia (no ya del Tribunal Supremo, sino en general) con carácter vinculante se deriva del párrafo segundo del artículo 394 LEC en sede de condena en costas. Dice el citado precepto que para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso, se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

Por otro lado, la segunda función (coadyuvar al desarrollo del ordenamiento jurídico al aplicar e interpretar sus normas, es decir, conformarlo) se manifiesta de manera distinta según el sistema legal de que se trate: en los países del área anglosajona, se traduce en la idea del precedente y del principio *stare decisis*<sup>11</sup>; en los países continentales, se materializa en la llamada jurisprudencia constante o consolidada emanada de los recursos de casación en los que el Tribunal Supremo interpreta y aplica la norma jurídica. En los primeros, en general, se produce la llamada creación judicial del derecho, es decir, que la sentencia y, en concreto, la *ratio decidendi* se configura como norma jurídica de origen judicial; en los segundos, también en general, se suele entender que la jurisprudencia no es fuente formal del ordenamiento jurídico (se trata de sistemas normativistas basados en el principio de legalidad), sino que se limita a interpretar y aplicar la norma jurídica ya creada. Por ello, se ha afirmado que, en el derecho casuístico, la jurisprudencia tiene un carácter formativo y estabilizador, mientras que en el sistema de derecho codificado actúa como factor de agilidad; en los países anglosajones da un carácter de certidumbre a un ordenamiento falto de codificación; en los países continentales, se encarga de agilizar la legislación cristalizada en Códigos<sup>12</sup>. Pero ya Esser advirtió que se puede demostrar que también la jurisprudencia continental posee una tendencia estabilizadora; mientras que el efecto estabilizador del precedente y de la doctrina del *stare decisis* es neutralizado por diversos caminos cuando se trata de la nueva creación de principios y de eliminación del precedente<sup>13</sup>.

Por otro lado, que la uniformidad, la coherencia y la certidumbre del derecho no son exclusivas del derecho continental ni de la llamada jurisprudencia

constante, sino que lo persigue el derecho anglosajón, lo evidencia no ya las anteriores palabras transcritas del juez Cardozo, capaz de mantener una norma obsoleta con base en el principio de seguridad y confianza y anunciar, a la vez, un *overruling* con carácter prospectivo, sino también las palabras que siguen del juez Park, dictadas hace más de ciento cincuenta años, y que definen el sistema del *common law* y la estabilidad, coherencia y certidumbre del derecho como sistema científico:

"Nuestro sistema de *common law* consiste en aplicar a los supuestos nuevos las reglas de derecho que nosotros, los jueces, derivamos de los principios jurídicos y de los precedentes judiciales; y con el fin de garantizar la uniformidad, la coherencia y la certeza del derecho debemos aplicar tales reglas, siempre que no sean claramente ilógicas o estén fuera de lugar, a todos los casos iguales que se presenten; y no tenemos ninguna posibilidad de desatenderlas o de rechazar su aplicación analógicamente, sólo porque consideremos que tales reglas no sean tan oportunas o ajustadas como deseáramos. Creo que mantener este canon absolutamente firme es de extrema importancia, no sólo para la resolución del caso en cuestión, sino sobre todo por el interés superior del derecho como sistema científico" (juez Park, *Mirehouse v. Rennel*, 1833, C 1, F 527, 546, 6 ER 1015, 1023).

¿Quién no suscribiría, *mutatis mutandi*, tales palabras?

La interpretación reiterada de la norma jurídica realizada por el Tribunal Supremo puede decirse que se adhiere a la norma, de manera que cuando dicha norma deba ser interpretada de nuevo para aplicarla a un caso nuevo pero igual o similar, deberá interpretarse en los mismo términos<sup>14</sup> o, al menos, deberá tomarse en consideración la interpretación hasta ese momento realizada. Esta función de la jurisprudencia del Tribunal Supremo está más allá y más acá de la cuestión acerca de si la doctrina jurisprudencial es o no fuente (formal) del ordenamiento jurídico. En este sentido, la jurisprudencia tiene menos fuerza porque, en un sistema normativista, basado en el principio de legalidad, como es el nuestro, la jurisprudencia no se puede considerar fuente del ordenamiento jurídico (arts. 1-1, 1-6 y 1-7 CC)<sup>15</sup>. La jurisprudencia no tiene fuerza creadora de normas jurídicas ni siquiera por la vía consuetudina-

<sup>11</sup> En general, sobre el sistema del precedente como fuente del derecho y del principio *stare decisis* en el derecho anglosajón, puede verse Cross, Rupert y J.W. Harris, *Precedent in English Law*, 4ª ed., Oxford, 1991, págs. 97 y sigs. y 125 y sigs.; Allen, C. K., *Law in the making*, 7ª ed., Oxford, 1964, págs. 161 y sigs. y 236 y sigs.; Paton, G. W., *A text-book of jurisprudence*, 3ª ed., Oxford, 1964, reimpr. 1967, págs. 179 y sigs.; Dias, R. W. M., *Jurisprudence*, 5ª ed., Londres, 1985, págs. 126 y sigs.; Gray, John Chipman, *The Nature and Sources of the Law*, 2ª ed., a cargo de R. Gray, Nueva York, 1921, reimpr. 1997, págs. 132 y sigs.; Lloyd, D., *Introduction to Jurisprudence*, 6ª ed. a cargo de M.D.A. Freeman, Londres, 1994, págs. 1.260 y sig.; Salmond, J., *Jurisprudence*, 12ª ed., a cargo de P. J. Fitzgerald, Londres, 1966, págs. 141 y sigs.; Simpson, A. W. B., "The Common Law and the Legal Theory", en *Oxford Essays in Jurisprudence* (Second Series), Oxford-Norfolk, 1973, reimpr. 1978, págs. 77 y sigs.

<sup>12</sup> Herzog J. B., "Le Droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne", *Études de droit privé espagnol*, 6, Toulouse, 1942, págs. 221. Por lo demás, este autor, configura la norma jurisprudencial como una norma jurídica, como una regla de derecho que no es ni legal ni consuetudinaria, pag. 160.

<sup>13</sup> Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho*, (trad. E. Valenti Fiol) Barcelona, 1961, págs. 34 y 35

<sup>14</sup> Durgala, M. M., "Prospective overruling the Common Law", en *Syracusa Law Review*, 1962, vol 14, pág. 55, donde dice expresamente que la interpretación de la ley se convierte en parte de la ley y un cambio de criterio tiene el mismo efecto que una modificación legislativa o una derogación.

<sup>15</sup> Blackstone, W., *Commentaries of the Laws of England*, ed. facsímil de la 1ª ed. 1765-1769, Chicago, 1979, vol I (1765) quien señalaba que "...For if it be found that the former decision is manifestly unjust or absurd, it is declared, not that such setence was bad law, but that it was not the law" (págs. 69 y 70). Vid. Allen, C. K., *Law in the making...*, cit., págs. 302 y sigs. En la versión española, *Las fuentes del Derecho inglés*, Madrid, 1969, págs. 437 y sigs.; Dias, R. W. M., *Jurisprudence...*, cit., págs. 126 y sigs., en concreto, 132 y sigs. y 162 y sigs.; Salmond, J., *Jurisprudence*, 12ª ed., a cargo de P. J. Fitzgerald, Londres, 1966, págs. 141 y sigs. Acerca de la regla del *stare decisis* en los Estados Unidos de Norteamérica, vid. David, R., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de la 2ª ed. por P. Bravo Gala, Madrid, 1968, págs. 339 y sigs.

ria<sup>16</sup>. Pero, por otro lado, la jurisprudencia manifiesta una fuerza más allá de la de las propias fuentes del ordenamiento jurídico: la de quien, según la ley, interpreta, fija y da sentido a las normas jurídicas<sup>17</sup>. En este sentido, se manifiestan las funciones dichas antes: la interpretación de la norma, la fijación de su significado y su alcance, manifiesta la función nomofiláctica de la jurisprudencia, su conformación del ordenamiento jurídico, al que dota de uniformidad; pero la norma así interpretada se aplica, y se aplica para resolver un determinado conflicto planteado ante el Tribunal, es decir, se manifiesta como regla de conducta imperativa e individualizada. Y esa manera de interpretar y aplicar las normas jurídicas tiene un reconocimiento de autoridad, si no derivada del propio ordenamiento jurídico, que, en nuestro sistema, habilita un recurso de casación por infracción de la jurisprudencia aplicable al caso, sí, al menos, como dice Inzitari<sup>18</sup>, por efecto de una repetida y consolidada tradición interpretativa de los jueces, en nuestro caso, del Tribunal Supremo.

Pero la cuestión aquí no es, o no sólo, la vinculación al precedente judicial en cuanto norma jurídica o la vigencia del principio del *stare decisis*. No es una cuestión de creación judicial del derecho sino de vinculación a la interpretación dada por el Tribunal. Con otras palabras, no se trata de la cuestión acerca de si la jurisprudencia es fuente del derecho<sup>19</sup> o no lo es<sup>20</sup> o tiene una función intermedia<sup>21</sup> y,

<sup>16</sup> Por todos, Oliva Santos, A. de la, "La jurisprudencia en el nuevo título preliminar del código civil", en A.D.C., 1975, págs. 442 y 443. Mantiene el carácter de costumbre (*usus fori*) de la jurisprudencia cuando concurren todos los requisitos del derecho consuetudinario, Enneccerus, L., -H. C. Nipperdey, *Derecho civil (Parte General)*, T. I, Vol. I, Tratado de Derecho civil Enneccerus-Kipp-Wolf, trad. de la 39ª ed. de B. Pérez González y J. Alguer, Barcelona, 1943, págs. 165 y 166. Sus traductores y anotadores, tras negar que la jurisprudencia sea fuente del derecho (pág. 167), resaltan su valor extraordinario (pág. 167) y concluyen afirmando que el *usus fori* se convierte en fuente del derecho cuando concurren todos los requisitos del derecho consuetudinario (pág. 168).

<sup>17</sup> Ha dicho V. Frosini que la ley y la jurisprudencia son, en realidad, una sola fuente, tanto en los sistemas antiguos en los que la sentencia era ley como en los modernos en que la sentencia deriva de la ley (*La estructura del Derecho*, Studia Albornotiana, Bolonia, 1974, pág. 105).

<sup>18</sup> Inzitari, B., "Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario", en *Contratto e Impresa*, 1988, págs. 526 y sigs. Vid. también Galgano, F., "L'interpretazione del precedente giudiziario", en *Contratto e Impresa*, 1985, págs. 701 y sigs., donde señala que jueces y abogados trabajan más con base en citas jurisprudenciales que legales.

<sup>19</sup> En general, entienden que es fuente del Derecho, Planiol, M.-G. Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, T. I, 11ª ed., París, 1928, pág. 48; Sánchez Román, F., *Estudios de Derecho civil*, T. I, Introducción, 2ª ed., Madrid, 1899, pág. 31; Castán Tobañas, J., *La formulación judicial del Derecho (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, 2ª ed., Madrid, 1954, págs. 7 y sigs.; Robles Álvarez de Fuentemayor, A., "El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española", *RGLJ*, T. XV, 1948, págs. 554 y sigs.; Herzog J. B., *Le Droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne...*, cit., pág. 160; Puig Brutau, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, 1951; Id., "Cómo ha de ser invocada la doctrina del Tribunal Supremo", en *Medio Siglo de Estudios Jurídicos*, Valencia, 1997, págs. 189 y sigs. (antes, en *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-febrero, 1953); Esser, J., *Principio y norma...* cit., pág. 31; sigs. D'Ors, A., *Principios para una teoría realista del Derecho*, en Anuario de Filosofía del Derecho, 1953, t. I, págs. 313 y sigs. De la Vega Benayas, C., *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código civil*, Madrid, 1976, págs. 93 y si.; Id., *Introducción al derecho judicial*, Madrid, 1970, págs. 144 y sigs.; Ogayar Ayllon, T., *Creación judicial del Derecho*, Madrid, 1975, págs. 21 y sigs.; De Diego, F. Clemente, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Madrid, 1925, el cual, a pesar de negar que la jurisprudencia

si es fuente, qué tipo de fuente es y por qué; no se trata de determinar cuál es el valor de la jurisprudencia o su papel<sup>22</sup>.

Se trata de la que podemos llamar *norma jurisprudencial*: norma, en cuanto regla que determina las condiciones de ejecución de una operación o en cuanto regla que se debe seguir o las que se deben ajustar las acciones. Si se quiere, mandato que establece la forma en que han de interpretar-

cia fuera fuente formal del derecho, la configuraba como fuente indirecta, págs. 134 y sigs.; Bin, M., "Funcione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario", en *Contratto e Impresa*, 1988, *Otto voci sul precedente giudiziario*, págs. 545 y sigs. Como fuente de hecho la define Sbisà, "Certeza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law)", en *Contratto e Impresa*, 1988, *Otto voci sul precedente giudiziario*, págs. 519 y sigs.

<sup>20</sup> Valverde y Valverde, C., *Tratado de Derecho civil español, Parte General*, T. I, 3ª ed., Valladolid, 1925, págs. 179 y 180; De Buen entiende que según la interpretación dada por el Tribunal Supremo, los principios generales del derecho son, en substancia, lo mismo que la Ley de Enjuiciamiento civil denominaba doctrina legal y que, en lo que respecta al valor de la doctrina legal y de la jurisprudencia, la situación no ha variado después del Código civil; hoy se puede fundar un recurso de casación en la infracción de la doctrina sentada por la jurisprudencia, puesto que ésta tiene virtualidad para crear y apoyar principios generales del derecho (De Buen, D., *Derecho civil español común*, 2ª ed., vol. I, Madrid, 1931, pág. 40; Castro y Bravo, F., de *Derecho civil de España, Parte General*, T. I, 2ª ed., Madrid, 1949, reimpr. facsímil, 1984, págs. 507 y sigs.; Díez-Picazo, L., "La jurisprudencia", en *El Poder Judicial*, vol. I, Madrid, 1983, págs. 280 y sigs.; Id. *Comentario a las reformas del Código civil*, Madrid, 1977, vol. I, ad artículo 1-6 C.C., págs. 134 y sigs.; Albaladejo García, M., "La jurisprudencia", *RDP*, 1970, págs. 549 y sigs.; Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho civil*, I, Parte General del Derecho civil, Vol. 1º. Introducción, Barcelona-Zaragoza, 1982, pág. 195; en la edición de 1988, revisada y adicionada por Delgado Echeverría, pág. 217; Montes Penadés, V., *Derecho civil. Parte General* (Coords. López-Montés), 2ª ed., Valencia, 1995, pág. 146, dice que la jurisprudencia, entendida como modo habitual de resolver, interpretando y aplicando las normas se aproxima a lo que hemos denominado fuente del Derecho. Batlle Vázquez, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, ad artículo 1º, Jaén, 1978, págs. 64 y sigs.; Oliva Santos, A. de la, "La jurisprudencia...", cit., págs. 440 y 442; O'Callaghan, X., *Código civil comentado y concordado*, Madrid, 1996, pág. 5 y 6; De los Mozos, J. L., *Derecho civil español, Parte General*, T. I, vol. I, Salamanca, 1977, págs. 604 y sigs.; Gete-Alonso, Mª. C., en Puig Ferriol, Ll., Mª C. Gete-Alonso, J. Gil Rodríguez, J. Hualde Sánchez, *Manual de Derecho civil*, I, *Introducción y Derecho de la persona*, Madrid, 1977, pág. 67; Calvo Vidal, Félix, M., *La jurisprudencia, ¿Fuente del Derecho?*, Valladolid, 1992, págs. 174 y 299 y conclusiones VI, IX y X; Carbonnier, J., *Droit civil. Introduction*, 17ª ed., 1988, París, págs. 232 y sigs., en especial, 237 a 240; Colin, A.-H. Capitant, *Curso elemental de Derecho civil*, T. I, con notas de D. De Buen, Madrid, 1922, pág. 61; Larenz, K., *Derecho civil (Parte General)*, trad. española de la 3ª alemana, Jaén, 1978, afirma que la jurisprudencia no es una fuente del Derecho sino de conocimiento del Derecho (págs. 15 y 16), pero una jurisprudencia constante y exacta puede dar lugar a la formación de una derecho consuetudinario entendido como norma vinculante que valen del mismo modo que una ley y siempre que reúna los requisitos de la costumbre; no, en cambio, si es un jurisprudencia inexacta (págs. 13 a 15). Lalaguna Domínguez, E., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 1º, 2ª ed., Madrid, 1992, ad artículo 1-6, pág. 394; Id., *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969, passim.; Id., *Voz "Jurisprudencia"*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XIV, Barcelona, 1978, págs. 616 y sigs.

<sup>21</sup> Lalaguna Domínguez, E., *Jurisprudencia y fuentes del Derecho...*, cit., pág. 151 y sigs.; Id., *Comentarios...* cit., 392 y sigs.

<sup>22</sup> Sobre la cuestión, vid. Díez-Picazo, L., "Constitución y Fuentes del Derecho", en *La Constitución española y las Fuentes del Derecho*, Madrid, 1979, vol. I, págs. 660 y sigs. "La Constitución española prohíbe terminantemente cualquier creación judicial de derecho. Los jueces no hacen el derecho. Juzgan y hacen juzgar lo juzgado. Dicen el derecho al juzgar los casos concretos, pero no lo crean." Respecto del problema de la relación entre la jurisprudencia y las fuentes del Derecho y por tanto del problema del valor y alcance de la jurisprudencia, dice que "no es de creer que la Constitución posea en este punto un virtud innovadora", pág. 661.

se las normas; jurisprudencial, en cuanto derivada o nacida de la consideración de un conjunto de casos concretos, lo cual no se puede confundir con la justicia del caso concreto<sup>23</sup>. Efectivamente, es posible la distinción entre derecho judicial y derecho jurisprudencial. Aquel nace de la resolución del caso concreto, cuya *ratio decidendi* se configura como norma jurídica de creación judicial, sin necesidad de reiteración. Derecho jurisprudencial, en cambio, es el derecho legal o, en general, el derivado de una norma jurídica (legal, consuetudinaria o extraída de un principio general) de acuerdo con una determinada interpretación judicial con voluntad de permanencia. Esta voluntad deriva, a su vez, de la reiteración en la interpretación de la norma o de una manifestación expresa (lo dice el tribunal o es sentencia del Pleno) o tácita (derivada de un expreso cambio de criterio jurisprudencial) del propio tribunal, sea *ratio* o sea *obiter*. Nuestro sistema parece prohibir (en realidad, no es que la prohíba, es que no la permite) la creación judicial del derecho, puesto que el juez sólo está sometido al imperio de la ley; pero no prohíbe la creación jurisprudencial del derecho en los términos ahora dichos, es más, determinados principios constitucionales y derechos fundamentales, así como normas de legislación ordinaria fundamentan la creación jurisprudencial del derecho en cuanto mecanismo para sostener la uniformidad y unidad en los pronunciamientos judiciales (principio de justicia, proscripción de la arbitrariedad, derecho a la igualdad y a la tutela judicial efectiva —arts. 1-1, 9-3, 14 y 24 CE—, recurso de casación por infracción de la doctrina del Tribunal Supremo (art. 477-3 LEC, recurso en interés de ley para la unidad de la doctrina jurisprudencial (arts. 490 y 493 LEC, etc.). Curiosamente, en nuestro sistema si hay un derecho de clara creación jurisprudencial (y hay tantos) es el de la propia jurisprudencia: es la propia jurisprudencia quién determina qué es jurisprudencia, cómo nace la norma jurisprudencial, cómo vincula, cómo se modifica y cómo se extingue.

A mi entender, es un error situar el problema de la jurisprudencia y, en concreto, el del valor de la jurisprudencia en sede de fuentes del ordenamiento jurídico<sup>24</sup>. Como ha señalado P. Sala<sup>25</sup>, actualmente es un problema no sólo exclusivo de la teoría de las fuentes del Derecho o del sistema de fuentes legalmente establecido, sino también, por la irrupción de la Constitución y la necesidad de combinar por ello las ideas de aplicación de las normas y de ponderación de principios cuando de la resolución de conflictos jurídicos intersubjetivos se trata, de la necesaria satisfacción del principio y derecho fundamental de igualdad y de las implicaciones que su pleno desarrollo exige.

El error se centra en hacer equivaler el sistema

<sup>23</sup> Como advierten Galgano, F., "Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile", en *Contratto e Impresa*, 1985, pág. 48; y Bin, M., "Funcione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario", en *Contratto e Impresa*, 1988, *Otto voci sul precedente giudiziario*, pág. 548.

<sup>24</sup> En el mismo sentido, Oliva Santos, A., de la, "La jurisprudencia...", cit., págs. 437 y sigs.

<sup>25</sup> Sala Sánchez, P., "El principio de igualdad en la aplicación judicial del derecho", en *AAMN*, XXXIV, Madrid, 1994, pág. 12

del precedente o del *stare decisis* con la naturaleza de fuente del Derecho del precedente judicial; es decir, en entender que la fuerza vinculante del precedente o la obligación de resolver casos futuros de igual manera que casos pasados se basan en el carácter formal de fuente del ordenamiento jurídico de las decisiones judiciales. Es cierto que puede ser así y que de hecho es así es los sistemas de creación judicial del derecho, pero no es menos cierto que la vinculación al precedente es pensable más allá de un sistema de creación judicial del derecho y no se debe emparejar necesariamente con el cuestión de las fuentes del ordenamiento jurídico<sup>26</sup>, del mismo modo que un sistema normativista no excluye necesariamente la creación judicial del derecho. El problema ha residido, a mi entender, en plantear la cuestión de manera excluyente y cerrada: si la sentencia vincula al Tribunal que la dictó, o a éste y a los órganos judiciales inferiores, para el futuro, entonces el precedente es fuente del ordenamiento jurídico; si no vincula, entonces no es fuente del ordenamiento jurídico. Cuando, insisto, no es un problema de creación del derecho sino de vinculación, y por qué y con qué alcance, del precedente. En otras palabras, son cuestiones distintas la de determinación de las formas de creación y desarrollo del ordenamiento jurídico (problema de las fuentes) y la de la eficacia vinculante de una determinada resolución judicial respecto de casos futuros similares o iguales al que motivó aquella resolución. Parece claro que nuestro sistema es un sistema normativista, presidido por el principio de legalidad (arts. 9-3 y 117-1 CE) y con un sistema de fuentes instaurado en el artículo 1-1 CC, en el que la primacía corresponde a la Ley, hasta el punto que el valor de las demás fuentes y su propia consideración como fuentes es determinado, precisamente, por la Ley.

<sup>26</sup> De hecho, en el área anglosajona no todo precedente es vinculante ni todo precedente vincula de la misma manera y en el mismo grado a los tribunales. Por un lado, como se sabe, la doctrina anglosajona suele distinguir entre precedente vinculante (*binding precedent*) y precedente no vinculante (*persuasive precedent*). Por otro lado, respecto del precedente vinculante, todo tribunal está obligado a seguir cualquier caso decidido (es decir, cualquier norma jurídica establecida) por un tribunal jerárquicamente superior, mientras que los tribunales de apelación están vinculados por sus propias y previas decisiones (Cross-Harris, *Precedent...*, cit., pág. 6). Finalmente, la vinculación el principio *stare decisis* no es la misma en todos los tribunales: Desde 1966 (The House of Lords' Practice Statement), la House of Lords no está vinculada por sus propias decisiones previas, pero sólo puede modificar una *ratio* anterior (es decir, un precedente) en determinados casos (Cross-Harris, *Precedent...*, cit., págs. 135 y sigs. y 163). El Court of Appeal está vinculado por sus propias decisiones, salvo en tres casos: que haya sentencias contrarias en el propio Tribunal de Apelación; que la sentencia no esté seguida o excepcionalmente precedida, por una subsiguiente sentencia de la Cámara de los Lores; que la sentencia se dicte *per incuriam*. Posiblemente, tampoco está vinculado cuando actúa como última instancia (Cross-Harris, *Precedent...*, cit., págs. 143 y sigs. y 163). Los Divisional Courts están vinculados por sus previas sentencias cuando actúan en apelación. Tampoco se sienten vinculados, como los jueces del High Court, por las sentencias del Court of Appeal ni confirmadas por posteriores sentencias de la Cámara de los Lores. Si hay arias sentencias contrarias del Tribunal de Apelación, normalmente siguen la última decisión (Cross-Harris, *Precedent...*, cit., págs. 156 y sigs. y 164). Posiblemente tampoco vinculan en cualquier nivel de la jerarquía judicial a los tribunales inferiores las *rationes decidendi* obsoletas ni las no argumentadas (Vid. Cross-Harris, *Precedent...*, cit., págs. 158 y sigs., 162 y sigs. y 164).

En cualquier caso, tales criterios de interpretación no se confunden con normas jurídicas, no son proposiciones normativas generales y abstractas; en su caso, la norma jurídica es, precisamente, la que determina la vinculación del Tribunal al criterio interpretativo consolidado, no el criterio de interpretación en sí mismo considerado. De este modo, la eficacia normativa de la sentencia en cuanto precedente se identifica con la de las normas jurídicas interpretadas; incluso en los supuestos en que la sentencia o sentencias colman una laguna mediante la derivación de un principio general, su eficacia normativa no vive más allá de la propia de la norma o normas de las que se extrae el principio general, porque éste, como señaló Esser, no actúa independientemente de la ley<sup>27</sup>. Por esta razón creo que no es compatible la tesis de E. Roca<sup>28</sup> en la que mantiene que la norma está formada por dos elementos, la ley y la interpretación jurisprudencial de esa ley, de manera que los tribunales aplican el conjunto formado por la ley + la interpretación, que es igual a la norma. Si fuera así, el Tribunal (en nuestro caso, el Supremo) daría la interpretación exacta de la ley, no la interpretación uniforme, y se convertiría en una suerte de legislador, de superlegislador, permanente que manifestara la interpretación auténtica de la norma. Es cierto, como he dicho antes, que una interpretación reiterada de la norma jurídica realizada por el Tribunal Supremo puede decirse que se adhiere a la misma, de manera que cuando dicha norma es interpretada de nuevo para aplicarla a un caso nuevo pero igual o similar, debe interpretarse en los mismo términos. Mas esto no deriva de la norma misma ni de una determinada estructura de la norma. Si fuera así, deberíamos convenir que los órganos judiciales inferiores están vinculados por las resoluciones de los superiores y, en concreto, por las sentencias del Tribunal Supremo; deberíamos admitir que la interpretación precedente es norma jurídica; deberíamos admitir también que la separación de la interpretación precedente podría configurar el tipo de prevaricación; deberíamos admitir, en definitiva, un juez legislador y un precedente vinculante en sí mismo, es decir, un precedente cuya fuerza vinculante se hallara en él mismo, como en el sistema anglosajón.

A mi entender, lo anterior carece, además, de fundamento jurídico positivo. En nuestro sistema, que, insisto, es un sistema normativista presidido por el principio de legalidad (art. 9-3 CE), al que se halla sometido también el Poder Judicial (117-1 CE), la vinculación del precedente interpretativo se debe buscar no en el precedente mismo, sino en la norma o conjunto de normas jurídicas (incluidos los principios generales) que lo dispongan o de las que se derive. Así, se evita el repetido conflicto entre interpretación vinculante e independencia judicial porque los jueces y magistrados son independientes en tanto sometidos al imperio de la ley. La cuestión reside, por tanto, en determinar la ley o leyes que imponen al juez su sujeción al precedente in-

terpretativo, sin duda, propio, y, en su caso, del Tribunal Supremo, sin menoscabo de los artículos. 117-1 CE y 12 y 13 LOPJ. Que el precedente sea norma jurídica, creo que lo prohíbe la Constitución o, al menos, no lo impone ni lo determina la legislación ordinaria. Que el precedente vincule, no *per se*, sino porque lo determina una norma jurídica es, precisamente, el *thema demonstratum*. Mas aquí el carácter vinculante del precedente no deriva de su configuración como norma jurídica, sino como un efecto de la norma jurídica legal que lo dispone.

Si entendemos por precedente la manera en que un Tribunal ha interpretado y aplicado una determinada norma jurídica a un caso concreto previo y que su fuerza vinculante es la que sujeta al juez al interpretar y a aplicar esa norma jurídica, del mismo modo en que lo hizo, a un caso posterior igual o análogo, parece claro que no sólo el sistema anglosajón sino cualquier sistema jurídico que haya desterrado la arbitrariedad judicial, la inseguridad jurídica y la aplicación discriminada de la ley es un sistema de precedente. La diferencia no está aquí. Más allá del tipo de razonamiento jurídico, inductivo uno y deductivo otro, la diferencia entre el sistema anglosajón y el sistema continental no se halla tanto en la idea de sumisión al precedente o a la norma jurídica legal (en el sistema anglosajón, el precedente es norma jurídica) sino en el origen de la fuerza vinculante del precedente. En el área anglosajona, la fuerza vinculante del precedente es fuerza normativa y su origen está en sí mismo, es decir, el precedente es norma jurídica y, en cuanto tal, obliga, vincula con la fuerza que el propio precedente indica (*binder* o *persuasive*). En nuestro sistema, en cambio, el juez sólo está sometido al imperio de la ley; por tanto, la vinculación del precedente no se puede encontrar en el propio precedente, sino que se debe derivar de normas jurídicas legales que, directa o indirectamente, sujeten al órgano judicial a sus pronunciamientos previos, de los que sólo se pueden separar, como en los países del área anglosajona, de manera motivada y razonada. Tales normas jurídicas, como veremos, las podemos hallar en los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad, de seguridad jurídica, de igualdad en cuanto manifestación de la justicia... Además, también se pueden identificar también normas de legislación ordinaria (art. 1.6 CC, 1.692 y 1.718 LEC/1881 y 477-3 y 490 LEC/2000) y criterios jurisprudenciales tendentes a mantener los pronunciamientos previos.

Posiblemente, entre ser fuente y no serlo hay un espacio amplio que llena, precisamente, la jurisprudencia. El problema, entonces, reside en determinar el valor de la jurisprudencia, pero no en sentido abstracto<sup>29</sup> sino en un determinado ordenamiento

<sup>27</sup> Esser, J., *Principio y norma...*, cit., pág. 3.

<sup>28</sup> Roca Trías, E., "Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad", en *RJC*, 1986-4, pág. 31 y sigs. (865 y sigs.).

<sup>29</sup> En sentido abstracto o general, la configuración de la jurisprudencia como fuente del derecho gira en torno a la confusión entre aplicación y creación del derecho (el acto de aplicación de las normas generales es acto de creación de normas particulares o individuales); entre interpretación y creación del derecho (la interpretación de la norma no es un acto cognoscitivo de normas preexistentes sino creativo de nuevas normas); y entre integración del ordenamiento jurídico y creación del derecho (en los supuestos de lagunas, el juez debe crear la norma jurídica que resuelve el caso litigioso planteado, como ordena el artículo

jurídico, en un *hinc et nunc*. Con palabras de Pizzorosso, el problema es un problema de derecho positivo<sup>30</sup>, el del valor que la ley concede a la jurisprudencia. Por eso, no son aceptables, al menos para el objeto de este trabajo, los modelos teóricos jurisprudenciales, es decir, los planteamientos y las teorizaciones acerca de la jurisprudencia construidas más allá de un determinado ordenamiento jurídico. Decir como dice Prieto Sanchís<sup>31</sup> que los tribunales son órganos de producción jurídica y, por tanto, creadores de Derecho es decir bien poco si esta afirmación no se conecta con el ordenamiento jurídico vigente. En cambio sí lo hace Asís Roig<sup>32</sup>, el cual, además, distingue entre creación judicial de normas nuevas y la simple creación judicial de normas. En el primer caso, los jueces crearían normas (podrían crearlas) que innovaran el sistema y crearían un derecho nuevo no conectado necesariamente con el existente; en el segundo caso, la creación judicial del derecho estaría conectada o deducido de otras normas jurídicas ya existentes en el ordenamiento. La primera posibilidad es negada por el citado autor con base fundamentalmente en el principio de legalidad y de obediencia a la ley. Respecto de la segunda, parece concluir, tras señalar acertadamente que la consideración normativa de la decisión judicial puede ser planteada independientemente de su consideración como fuente, que ningún precepto del ordenamiento jurídico afirma que las decisiones judiciales son normas, pero que del análisis de la actuación judicial se puede llegar a la conclusión contraria. Más que un problema de valoración, es un problema de descripción de la actuación judicial, de la decisión judicial<sup>33</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo parece equiparar transcendencia normativa de las sentencias con una cierta vinculación con el precedente. Así se refieren, entre otras, las SSTS 10 de noviembre de 1981, 15 de febrero de 1982, 28 de febrero de 1983. Digo cierta vinculación con el precedente porque el propio Tribunal Supremo se apresura a decir que no queda definitivamente vinculado por resoluciones anteriores (lo cual es, por lo demás, obvio)<sup>34</sup>: lo dice tantas veces cuantas expresa, como función propia, la de evolucionar los criterios hermenéuticos, la de completar el ordenamiento jurídico en defecto de norma positiva directamente aplicable, la de adecuar el derecho positivo a la realidad social o proclama un cambio de orientación razonable y no arbitrario (SSTS 3 de enero de 1990, 2 de julio de 1987, 3 de marzo de 1989, 20

de octubre de 1988, 19 de abril de 1991, 12 de junio de 1991, etc.).

En concreto, la STS 5 de marzo de 1991 reconoce expresamente la libertad del juzgador de instancia para seguir o no los criterios asentados por el Tribunal Supremo: "el juzgador de instancia, dice la sentencia, sólo viene obligado a fundamentar sus resoluciones en la ley, pudiendo o no acoger la doctrina de esta Sala, ya se haya manifestado en una o varias resoluciones". Afirmación ésta acorde, al menos (y sólo) formalmente, con el artículo 117-1 CE (sometimiento de los jueces y magistrados únicamente al imperio de la ley), con el artículo 12-1 LOPJ (los jueces y magistrados, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial) y con el artículo 1-7 CC (los jueces y magistrados deben fallar de acuerdo con el sistema de fuentes establecido: ley, costumbre y principios generales del derecho). Mas nada de todo lo anterior es excluyente con el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Supremo, tanto consigo mismo, como respecto de los órganos inferiores. En otras palabras, vinculación no equivale a imposibilidad de separación del precedente, sino a que tal separación no sea arbitraria ni irreflexiva y obedezca a motivos razonables, como pueden ser, precisamente, los de evolucionar los criterios hermenéuticos o adecuar el derecho positivo a la realidad social. Así, como ejemplo de cambio de criterio, la STS 15 de abril de 1998.

Pero la vinculación se afirma también sucesivas veces, directa e indirectamente, y tanto desde el Tribunal Supremo como desde el Tribunal Constitucional o desde el propio poder legislativo. Así, se afirma tantas veces como el Tribunal Supremo se erige en órgano unificador de la interpretación de la norma, en órgano que uniforma el ordenamiento jurídico, en órgano que reclama facultades nomofiláticas. Indirectamente, lo manifiesta el Tribunal Constitucional cuando declara la constitucionalidad de una norma jurídica derivada de una determinada interpretación del Tribunal Supremo o, al contrario, expresa la inconstitucionalidad derivada de una determinada interpretación. Finalmente, incluso el legislador se declara vinculado de manera indirecta (y con todas las reservas posibles), no ya en la regulación de un recurso de casación por infracción de jurisprudencia y de un recurso extraordinario en interés de ley, sino también tantas veces como reconoce que una determinada reforma legislativa se inspira en criterios jurisprudenciales asentados (por ejemplo, artículo 1591 CC, doctrina jurisprudencial acerca de la responsabilidad de los agentes que intervienen en la construcción y regulación en la Ley de Ordenación de la Edificación inspirada expresamente en aquella doctrina).

No parece muy congruente mantener la no vinculación de la doctrina del Tribunal Supremo con la existencia de un recurso de casación por infracción de la jurisprudencia y otro, en interés de ley, cuyo único efecto es, precisamente, formar jurisprudencia. Es decir, no deja de causar perplejidad un sistema en el que se permita al juez resolver libre-

1-2 y 3 del Código civil de Suiza). Vid., en general, Guastini, R., *Teoría...*, cit., págs. 100 a 105.

<sup>30</sup> Pizzorosso, A., (Delle) *Fonti del diritto...*, cit., pág. 528; Id., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Madrid, 1984, vol. II, págs. 403 y sigs.

<sup>31</sup> Prieto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, 1987, págs. 108 y sigs.

<sup>32</sup> Asís Roig, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, 1995, págs. 89 y sigs.

<sup>33</sup> Asís Roig, R. de, *Jueces y normas...*, cit., págs. 90 y sigs. y 97, y sigs.

<sup>34</sup> Digo que es obvio porque nunca se ha mantenido, ni por quienes consideran que la jurisprudencia es fuente del derecho, que el Tribunal Supremo quede definitivamente vinculado por sus propias decisiones anteriores. Cuestión distinta, claro está, es que cuando se separe deba razonarlo, de manera que el cambio de criterio no sea inadvertido ni irreflexivo ni arbitrario.

mente, pero en el que si no resuelve de acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Superior, éste podrá casar y revocar la sentencia. Quizás se trate de que la vinculación a la doctrina del Tribunal Supremo no es una vinculación automática, en tanto en cuanto dicha doctrina no es norma jurídica, sino una vinculación que se manifiesta precisamente de esa forma: en la posibilidad o no de que el Tribunal Supremo case la sentencia del juez o tribunal inferior que se separa de la doctrina jurisprudencial. Si se quiere, se trata, como ha dicho López Guerra, de un precedente disuasorio<sup>35</sup>. En definitiva, es una manera de cohonestar los principios de independencia judicial (tal y como se entiende en el ordenamiento jurídico actual), seguridad jurídica y unidad del ordenamiento jurídico.

Recientemente, F. Galgano<sup>36</sup> se ha referido a la instauración en Italia de un sistema judicial basado en el precedente vinculante análogo al *stare decisis* anglosajón. Y dice: si se prefiere un término de referencia continental, *corrispondente al sistema processuales spagnolo, che ammette il ricorso per Cassazioni per violazione della doctrina legal, ossia per violazione dei precedenti del Tribunal Supremo*. Y más adelante insiste: "si no es propiamente el *stare decisis* del *commom law*, que hace vinculante los precedentes de todos los tribunales superiores, además del propio del órgano juzgador, es ciertamente doctrina legal del derecho español, que impone el vínculo del precedente de Casación a los jueces de instancia.

Por otro lado, la idea del precedente se debe po-

ner en relación con la función que el ordenamiento jurídica otorga a la norma jurisprudencial. En nuestro sistema, la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico mediante la interpretación y aplicación de la ley, de la costumbre o del principio general. Se trata, por tanto, de un precedente interpretativo, no creador de norma jurídica alguna, que se une no sólo a la norma jurídica que interpreta (que reclama la misma interpretación en el futuro) sino también al caso concreto subsumido en la norma interpretada y al que ésta se aplica. De este modo, la transcendencia normativa que la Exposición de Motivos del Título Preliminar de 1974 otorga a la jurisprudencia y que reitera la misma jurisprudencia, no deriva del propio criterio jurisprudencial, sino de su objeto de interpretación y aplicación: de la norma jurídica interpretada y aplicada. En otras palabras, la transcendencia normativa de la jurisprudencia no es una cualidad o carácter ínsito en la misma, sino la transcendencia, la fuerza normativa, del precepto que interpreta y aplica.

En realidad, estamos más cercanos de lo que parece o de lo que nos enseñan: El problema es el mismo: un problema humano entre personas. El juez es el mismo: una persona entre personas. El instrumento es el mismo: una sentencia, cuya finalidad, como señalan Cross y Harris para el derecho anglosajón, pero que vale también para nosotros, antes que la de crear derecho es administrar justicia. Es decir, pronunciar la regla justa, el criterio equilibrado. Y para esto no parece que convenga estar dormido, se sueña con lo que (o con quien) se sueña.

# NO HAY DERECHO.

A que la dignidad del hombre y sus ideales de paz, libertad y justicia social sean avasallados en ningún lugar del mundo.

Si crees en los Derechos Humanos, lucha por ellos.

Nombre: \_\_\_\_\_

Dirección: \_\_\_\_\_

Ciudad: \_\_\_\_\_

C. Postal: \_\_\_\_\_

Solicita información a la  
**Asociación Pro Derechos Humanos de España**  
 José Ortega y Gasset, 77, 2º - 28006 Madrid.



<sup>35</sup> López Guerra, L., "La fuerza vinculante de la Jurisprudencia", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 442, págs. 1 y sigs.

<sup>36</sup> F. Galgano "Il precedente di Cassazione", *Contratto e impresa*, 1999-3, págs. 889 y 894.

# TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

---

## Problemas de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los Juzgados mixtos

Raquel BLAZQUEZ MARTIN y José María FERNANDEZ SEIJO

### INTRODUCCION

Los problemas que para el funcionamiento de los Juzgados ha supuesto la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil han sido analizados desde muchos puntos de vista, teóricos, prácticos, doctrinales etc, pero no se ha dedicado una especial atención a analizar el efecto-impacto de la puesta en marcha de la nueva Ley iba a provocar en los Juzgados. Antes de su entrada en vigor, no se llevó a cabo ningún análisis de litigiosidad para conocer, sobre la base de las estadísticas judiciales, el número de procedimientos que previsiblemente se tramitarían con arreglo a los nuevos procedimientos, ni la relación de estos datos estadísticos con la planta judicial, ni la incidencia que en el trabajo real diario supondría la nueva regulación de la ejecución provisional, ni otros muchos factores que hubieran facilitado la puesta en marcha de la LEC.

Ese tipo de estudios hubieran resultado ciertamente útiles para todos los órganos judiciales con competencias en materia civil, pero esta necesidad se revelaba más acuciante, si cabe, en los Juzgados que por su definición legal deben compatibilizar el ejercicio de la jurisdicción civil con el ejercicio de la jurisdicción penal, es decir, en los Juzgados de 1ª Instancia e Instrucción, tradicionalmente conocidos como Juzgados mixtos. La especial organización y funcionamiento de este tipo de Juzgados está generando ya problemas específicos en la aplicación de la LEC 2000; en ellos es preciso llevar a cabo el trabajo adicional de organización que supone aplicar la nueva Ley garantizando no sólo la adecuada implantación y tramitación de los procedimientos civiles, sino además el buen funcionamiento de la sección penal, a la que por la especial naturaleza de los bienes jurídicos afectados, por la perentoriedad de las situaciones que en ella se plantean y la urgencia que requiere la tramitación y resolución de muchos de sus asuntos, resulta especialmente importante prestarle la debida atención.

Constituye ya un lugar común afirmar que un Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción no equivale exactamente a la suma de un Juzgado de 1ª Instancia y de un Juzgado de Instrucción. Por ello se entenderá que las exigencias de funcionamiento y organización de la sección civil de un Juzgado mixto no sean las mismas que las de la oficina judicial de un Juzgado de 1ª Instancia, porque, pese a la adscripción de funcionarios a esa sección, el papel fundamental que en ella desempeñan el juez y el se-

cretario, compatibilizándolo con el ejercido en la sección penal, obliga a gestionar la oficina judicial y la agenda de una forma completamente distinta a la de los Juzgados de 1ª Instancia. Además de esta obvia afirmación, en los Juzgados mixtos concurren una serie de circunstancias que deben ser tenidas muy en cuenta a la hora de valorar cualquier modificación que afecte a su funcionamiento diario, máxime si se tiene en cuenta que este tipo de órganos jurisdiccionales constituyen una pieza clave del actual sistema de demarcación y planta judicial, desde el momento en que configuran el conjunto más numeroso dentro del sistema jurisdiccional de primera instancia civil. Tomando como fuente la última Memoria aprobada por el Consejo General del Poder Judicial, referente al año 2000, existen en España 504 Juzgados de 1ª Instancia e Instrucción, frente a los 366 Juzgados de 1ª Instancia, lo que implica que el 58% de los órganos jurisdiccionales civiles de primera instancia comparten funciones civiles y penales. En el País Vasco, el porcentaje de implantación de los Juzgados mixtos es menor que el considerado para la media nacional: existen 32 Juzgados mixtos y 29 de 1ª Instancia, de modo que esa cifra del 58% se reduce en este caso al 52%. En cualquier caso, estos datos revelan que más de la mitad de los Juzgados que deben aplicar la nueva LEC en primera instancia son también Juzgados de Instrucción. Esta razón meramente cuantitativa ya sería una razón de peso para justificar un estudio diferenciado de la gestión de la LEC en este tipo de Juzgados, pero, al margen de esos datos estadísticos, lo cierto es que existen razones de fondo para considerar que el impacto de la LEC no es exactamente igual en los Juzgados mixtos que en los Juzgados de 1ª Instancia, porque en los primeros, como antes se apuntaba, pueden encontrarse una serie de importantes factores de diversa naturaleza que resultan ajenos por completo a los órganos de jurisdicción separada. Es evidente que los Juzgados de 1ª Instancia e Instrucción se encuentran ubicados en localidades muy distintas en cuanto a población, asentamientos industriales, índice de litigiosidad, categoría y demás variables que inciden directamente en el funcionamiento de un órgano judicial, por lo que no se nos escapa que dentro de este conjunto de órganos, además de existir una problemática común, es posible apreciar también importantes diferencias entre la situación global en que se encuentra cada partido judicial. No obstante, en una apreciación de conjunto, pueden apuntarse algunas notas sobre las características fundamen-

tales que afectan de modo significativo al funcionamiento de los Juzgados mixtos:

1. Este tipo de Juzgados, por la definición de sus competencias y por el modo en que son entendidos por los ciudadanos, se han convertido en una especie de cajón de sastre, o en lo que se ha dado en llamar, "*justicia de primer nivel*", término éste que, no obedeciendo a ningún criterio riguroso de derecho positivo, sí resulta suficientemente expresivo de la existencia de determinados órganos judiciales que configuran la administración de justicia a la que en primer término acude el ciudadano para la resolución de sus conflictos más (aunque no sólo) cotidianos en la mayor parte de los pueblos y ciudades de España, ya que la división de la jurisdicción se ha limitado, hasta ahora, a las grandes ciudades y las sucesivas reformas han ido reduciendo el papel de los Juzgados de Paz hasta extremos de práctica insignificancia en la práctica. Estas circunstancias implican que deba prestarse especial atención a todos los elementos que conforman el concepto de la justicia como servicio público, y, en especial, el tiempo que los funcionarios y los jueces deben dedicar a la función de atender a los ciudadanos y a los profesionales.

Existe una realidad no computable estadísticamente, o al menos no computada, en este tipo de órganos, y es que al margen de las pretensiones, civiles o penales, canalizadas por medio de los distintos procedimientos presentados ante estos Juzgados, existe un gran número de lo que podría denominarse *pretensiones informales*. Es decir, los ciudadanos acuden a los Juzgados más próximos a su domicilio para informarse de las cuestiones más variopintas, o para intentar solucionar todo tipo de problemas personales, sociales, de vecindad, laborales, contencioso-administrativos, etc. El hecho de que estas pretensiones en sentido amplio no den lugar a un proceso no implica que no deban ser de algún modo encauzadas y satisfechas. La atención al público obliga, pues, a una inversión de tiempo que debe ser tenida en cuenta a la hora de decidir cómo gestionar los nuevos señalamientos civiles.

2. En el mismo sentido, existe un dato relevante que particulariza a ese primer nivel de la justicia: el de su número de usuarios, que viene dado por la suma de quienes formalmente son parte en un procedimiento civil o penal y quienes acuden al Juzgado con esas otras "pretensiones" (entendido el término en su acepción más doméstica) que no se reflejan en ninguna actuación judicial.

3. En estos tiempos en los que la imagen que los ciudadanos tienen de la Administración de Justicia es tan negativa, debe tenerse en cuenta que en muchos casos, los Juzgados mixtos constituyen el eslabón ineludible entre el ciudadano y la Administración de Justicia, que actúa como elemento fundamental en la imagen que éste se forma de su funcionamiento. Y es que si, al margen de las pretensiones de índole laboral o contencioso-administrativo, el justiciable inicia su relación con la Administración de Justicia a través de este tipo de Juzgados, resulta obvio que de su mejor o peor funcionamiento dependerá su visión de la Justicia en general.

4. En muchos casos, la relación de los ciudadanos con los Juzgados mixtos se desarrolla sin intermediarios. Mientras que en otro tipo de Juzgados lo más frecuente es que el ciudadano se relacione con la Administración de Justicia más por escrito de forma oral, y normalmente asistido de un letrado y/o representado por un Procurador, que actúan como intermediarios en la relación, es muy habitual que a los Juzgados mixtos los ciudadanos actúen por sí mismos. Ello sucede, al margen de los procedimientos en los que no es preceptiva la asistencia de abogado y procurador, situación ésta lógicamente común a los Juzgados de 1ª Instancia, en muchos asuntos penales y en todos los supuestos de lo que antes hemos denominado "pretensiones informales". En todos estos casos, el ciudadano se relaciona directamente con el personal del Juzgado, demanda siempre un determinado nivel de información y no siempre obtiene una respuesta comprensible. Por estas razones, si no se arbitran los medios precisos para que el ciudadano entienda que está sucediendo, la distancia entre el ciudadano y el sistema puede mostrarse en toda su crudeza. Si esta distancia es uno de los ingredientes de la desconfianza hacia el sistema judicial, es imprescindible acortar los caminos que han de recorrerse para comunicarse con la Administración de Justicia.

5. Estos Juzgados, a diferencia de los Juzgados con la jurisdicción dividida, normalmente no disponen de servicios comunes de notificación o citación, lo que determina que sea el juez o el secretario quien, dentro de cada una de las oficinas, haya de organizar las citaciones, emplazamientos, realización de embargos, notificaciones, gestión de exhortos... Como ya se ha indicado, tampoco el sistema de información se organiza de modo similar en los distintos juzgados. En definitiva estructuralmente puede hablarse de una insatisfactoria gestión de los recursos. En algunas Comunidades Autónomas se están ensayando fórmulas de servicios comunes de ámbito provincial con destacamentos en cada partido judicial, incluso la creación de servicios comunes de ámbito comarcal, agrupando varios partidos, igual que se hace con el agrupamiento de secretarías de Juzgados de Paz.

6. Los Juzgados mixtos son el destino natural y exclusivo de los jueces de entrada. Sin desconocer que la formación de las nuevas promociones de la carrera judicial ha mejorado sustancialmente con el nuevo diseño de la formación inicial, lo cierto es que quien accede a su primer destino tiene un déficit de experiencia en materias organizativas que sería necesario solventar a través de sistemas específicos de formación.

7. La falta de medios personales y materiales en la Administración de Justicia y la deficitaria gestión de los medios existentes se refleja, de modo muy significativo en este tipo de órganos. En este sentido, debe destacarse:

A) Que la insuficiente (en el mejor de los casos) o nula dotación de plantilla para los Decanatos hacen en la práctica de estos órganos un instrumento ineficaz para el desempeño de las funciones que tienen encomendadas.

B) Que la inexistencia de servicios de orientación jurídica supone, de un lado, una discriminación de los ciudadanos residentes en estos partidos judiciales, y, de otro, un incremento de la carga de trabajo de los órganos judiciales.

C) La organización de las Fiscalías es otro de los problemas añadidos que puede suponer el sistemático retraso de los asuntos penales y de los civiles en los que tienen intervención en todos los partidos judiciales en los que no exista sede, adscripción o destacamento.

D) Ha de tenerse en cuenta, como factor diferencial en el funcionamiento de estos Juzgados, que el partido judicial no se circunscribe a una sola localidad (como sucede en muchos Juzgados de jurisdicción civil exclusiva), lo que comporta que la específica problemática de los Juzgados de Paz se refleja también en el trabajo diario de estos órganos.

Durante el período de *vacatio legis* y en los meses inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la Ley se procedió a la división de las jurisdicciones en algunos partidos judiciales, en otros se está estudiando la creación de nuevos juzgados para permitir dicha división.

Sobre la base de estos factores diferenciadores de los Juzgados de 1ª Instancia e Instrucción, se analizarán a continuación algunos de los problemas que específicamente deben ser tenidos en cuenta en este tipo de Juzgados a la hora de aplicar la nueva LEC, así como las peculiaridades en la aplicación de las nuevas instituciones procesal-civiles recogidas en la Ley. Tres son los criterios de análisis:

1. Cuestiones organizativas,
2. Cuestiones gubernativas con incidencia jurisdiccional,
3. Cuestiones procesales.

## 1. CUESTIONES ORGANIZATIVAS

### 1.1. Las condiciones de trabajo del juez

Las condiciones de trabajo de los jueces en los Juzgados mixtos son más gravosas que las de otros lugares, debido fundamentalmente a la frecuencia y dificultad de las guardias (no remuneradas hasta la publicación de la Orden de 30 de diciembre de 1997), a la falta de previsión de algún tipo de descanso tras la semana de guardia y a las enormes diferencias salariales actualmente existente, que no tienen apoyo en ningún criterio objetivo de productividad, cantidad o calidad del trabajo desempeñado. No puede obviarse el desánimo generalizado de quienes trabajan en estos Juzgados, ya que, a todos los problemas estructurales mencionados, se añaden unas condiciones de trabajo en muchos casos injustas, derivadas fundamentalmente de:

a) Las funciones de guardia, ejercidas semanalmente, con una periodicidad variable, dependiendo del número de Juzgados, suponen un esfuerzo considerable y una disponibilidad agotadora las veinticuatro horas del día durante siete días seguidas. El hecho de que el juez, sobre quien recae el peso de la guardia, sea la única persona del Juzgado a

quien hasta ahora no se le retribuían las guardias era un despropósito que carecía de toda justificación, máxime cuando es la única persona que no puede ser sustituida por otra. Así mientras los funcionarios se sustituyen entre sí, los secretarios acuden a los oficiales habilitados y los forenses se sustituyen con los de los partidos judiciales limítrofes, los jueces han de estar disponibles, sin posibilidad de delegación de sus funciones. Ello va unido a la falta de previsión de descanso tras las guardias.

b) La asunción de competencias plenas en materia matrimonial sin el apoyo, en muchas ocasiones, de servicios sociales y peritos psicólogos para la adopción de decisiones en marcos de tensión emocional,

c) La asunción de competencias en materia de procedimientos de Estado civil e incapacidades.

d) La llevanza del Registro Civil.

Mientras que en las ciudades con jurisdicción dividida es habitual que incluso dentro de la Jurisdicción civil se establezcan especialidades en materia de familia, incapacidades y Registro, en los Juzgados mixtos esa especialización no sólo no se produce sino que en la mayoría de las ocasiones se carece de los medios técnicos de los que sí disponen los Juzgados con la especialidad de familia.

## 1.2. La organización de las secciones civil y penal. Las funciones de guardia

### 1.1.1. La oficina judicial

Una de las cuestiones que no aparece resuelta en las normas es la organización de los Juzgados, se fija un número determinado de oficiales, auxiliares y agentes por órgano pero no hay criterio de distribución de trabajo.

La plantilla de funcionarios en los Juzgados mixtos oscila entre las 10 y 15 personas, normalmente divididas por mitad entre la sección civil y la penal.

Dentro de las secciones civiles es habitual que uno o dos funcionarios lleven con carácter exclusivo los procedimientos matrimoniales lo que determina que a los procedimientos civiles no matrimoniales la disponibilidad sea de uno o dos funcionarios. El sistema de distribución del trabajo es bien por números o por materias.

Una de las cuestiones que cambia la LEC 2000 es el propio modelo de juez civil que deja de ser un juez de sentencia, es decir, un juez al que únicamente se le valora por el número de sentencias que dicta y la celeridad con la que las dicta, y se pasa a un juez de procedimiento al intensificarse las garantías para la efectividad de los principios de oralidad, concentración e inmediación; un juez de procedimiento al que se le imponen, como se verá en el epígrafe siguiente, nuevas responsabilidades en materia de ejecución.

La primera consecuencia del nuevo rol del juez es que, en principio, habrán de reducirse los escritos que se presenten en la fase declarativa del juicio al concentrarse tanto en el verbal como en el ordinario todas las actuaciones en la vista, audiencia previa o

Juicio; esta reducción, de ser efectiva, puede permitir un cambio en la configuración de las microoficinas judiciales civiles en los Juzgados mixtos ya que es más razonable organizar el trabajo distinguiendo fase declarativa y ejecución.

La segunda consecuencia de ese nuevo papel del juez es la mayor trascendencia de la vista o juicio y, con ello, la indispensable presencia del juez. En los Juzgados mixtos era práctica tolerada la de que el juez cuando asumía funciones de guardia o practicaba diligencias penales quedaba relevado de la presencia efectiva en la práctica de algunas actuaciones, que efectuaban los funcionarios. Al exigirse la grabación de las vistas el número de funcionarios destinado a la elaboración de actas puede reducirse hasta el punto de que en algunas localidades los juicios se celebran únicamente con la presencia del juez y del secretario en sala.

La tercera consecuencia, vinculada a las anteriores, es que los funcionarios pueden tener mucho más tiempo para la tramitación lo que puede agilizar el despacho ordinario de escritos.

Sin embargo al complicarse la ejecución, que tiene nuevos trámites y mecanismos de protección frente al ejecutado remiso, se ha producido un incremento considerable de peticiones en ejecución, incremento cuantitativo y cualitativo y que obliga al juez a convertirse también en juez de la ejecución, pese a que la LEC formalmente parece entregar la ejecución a los secretarios judiciales.

En definitiva la entrada en vigor de la Ley debe servir para reordenar las oficinas judiciales siempre y cuando se parta de una situación que no suele ser habitual, que es que en los Juzgados esté completamente cubierta la plantilla por personal titular desde el juez, pasando por el secretario y hasta el agente judicial.

### 1.2.2. *Las prioridades del juez*

En un Juzgado mixto el juez debe, en primer lugar, realizar las diligencias de guardia que supongan afectación de derechos fundamentales o que obliguen a actuaciones del juez fuera de la sede judicial —detenidos, levantamientos de cadáveres, ruedas de reconocimiento, autorizaciones de entradas y registros, intervenciones telefónicas—; también son importantes y, por ello también prioritarias, las funciones de despacho de la guardia —examen de las denuncias y atestados, incoación de diligencias y adopción de las primeras medidas de investigación—. En definitiva, el juez que se encuentra en funciones de Guardia difícilmente podrá realizar su actividad como juez de 1ª Instancia en condiciones de normalidad, por ello se impone en la práctica que durante la semana de guardia los señalamientos civiles se reducen a los indispensables o prácticamente desaparecen.

Dependiendo del número de Juzgados que haya en el partido judicial la guardia supedita gran parte del tiempo del juez.

En segundo lugar dentro del orden de prioridades se encuentran los procedimientos matrimoniales,

sobre todo los contenciosos ya que en ellos deben celebrarse vistas tanto de medidas como de prueba y la presencia de menores obliga a una especial dedicación.

Siguiendo ese orden de prioridades se pasa a los procedimientos de incapacidad en aquellos caso en los que el juez ha de desplazarse para examinar a los interesados, actuación que puede realizarse cada dos o tres meses pero que limita la agenda durante esas fechas.

Dentro de este esquema de prioridades aparece la celebración de juicios de faltas, que se concentran un día a la semana o cada quince días y que ocupan la mayoría de la jornada.

Queda todavía buscar un hueco para la adopción de medidas cautelares no sólo matrimoniales sino de otros procedimientos declarativos.

En definitiva quedan pocas horas para que el juez pueda celebrar las vistas civiles, que habrá de compatibilizar con el señalamiento de diligencias de instrucción respecto de las previas, sumarios o procedimientos de jurado de los que conozca. Además le debe quedar tiempo para examinar las demandas que le entran a reparto (se admiten por auto conforme a la nueva LEC) y dictar las resoluciones correspondientes en materia de ejecución y de resolución de recursos puesto que desaparecen las propuestas de resolución del secretario.

De nuevo la LEC 2000 evidencia su diseño para Juzgado de Jurisdicción compartida al exigir en el artículo 178 que la dación de cuenta de los escritos y documentos presentados se realice el mismo día de su presentación o al siguiente día hábil y que también se de cuenta dentro del siguiente día hábil del transcurso de los plazos procesales al objeto de que se les de el correspondiente impulso. El artículo 132 recuerda solemnemente al juez que debe cumplir los términos y plazos legalmente fijados y que su infracción de no mediar justa causa será corregida disciplinariamente, sin perjuicio de que la parte pueda pedir la responsabilidad personal correspondiente. La severidad con la que se recuerda esta exigencia y las consecuencias de su incumplimiento permite augurar la vuelta a las cláusulas de estilo que proliferaron cuanto entró en vigor la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establecía ya un régimen similar; era muy habitual que en las resoluciones dictadas por el juez se recogiera, de modo automático, la excusa por el incumplimiento del plazo para resolver, que se imputaba bien al volumen de asuntos pendiente, bien al estado del Juzgado.

La exigencia formal de cumplimiento de plazos no tiene efectividad si no se instan los mecanismos para que el número de procedimientos a tramitar por los Juzgados sea razonable y se habiliten los medios materiales y personales para un normal funcionamiento de las oficinas.

En conclusión debe huirse de esquemas rígidos y salvo en la semana de guardia el resto de las semanas deben preverse dos días de señalamientos civiles no matrimoniales.

Cambia también el sistema de señalamiento ya que no puede dejarse en manos de los funcionarios la agenda de vistas, no es posible solapar señala-

mientos y ha de ser el juez quien asuma la gestión de la agenda probablemente ampliando el horario de vistas. Por otro lado la frecuencia en el señalamiento también debe modificarse ya que la previsión de duración de los juicios tanto verbales como ordinarios es superior a los treinta minutos —salvo en los desahucios— y la efectiva grabación de las vistas puede demorar unos minutos más el desalojo de la sala, por lo tanto, no va a ser posible, salvo que se no se respeten los horarios, el señalamiento cada diez minutos y las vistas deben espaciarse.

La previsión de vistas más complejas —artículo 184— deben efectuarse los señalamientos con un conocimiento efectivo de los asuntos para evitar retrasos injustificados o coincidencia de señalamientos.

### 1.2.3. *La presencia de abogados y procuradores*

En los partidos judiciales considerados pequeños el número de abogados y procuradores que actúan habitualmente es más reducido y suele ser más frecuente la coincidencia en señalamientos en distintos órganos judiciales. Tanto el artículo 183 como el 188 de la LEC permiten la suspensión por causa justificada siempre que concurren tres requisitos:

— Uno de carácter temporal, la causa de suspensión, incluido la coincidencia de señalamientos debe comunicarse en un plazo máximo de tres días desde la notificación del último de los señalamientos coincidentes. La Ley da prioridad a los procedimientos penales con preso, en el resto de ellos el criterio es de antigüedad.

— Otro material la imposibilidad debe ser absoluta.

— Debe acreditarse dicha causa ante el Tribunal.

Respecto de la posibilidad de que los abogados y procuradores se sustituyan entre sí o que puedan intervenir oficiales habilitados en vez de procuradores debe tenerse en cuenta que la LEC no establece criterio alguno sobre la sustitución y, por lo tanto, son de aplicación las normas incluidas en el Estatuto de la Abogacía y en el de los procuradores, que sí establecen mecanismos de sustitución muy poco formalistas; cuestión distinta es que el juez exija a los profesionales actuantes el mismo rigor y preparación que pudiera exigir al firmante de la demanda o contestación.

### 1.3. **El principio fundamental: la evitación de suspensiones**

El esfuerzo que realiza la Ley para que la concentración y la inmediación sean efectivas, las obligaciones impuestas a los litigantes y a sus abogados y procuradores de presencia física en las vistas, audiencias y juicios, la exigencia de que las partes, los testigos y los peritos acudan a los Juzgados aunque residan fuera del partido judicial —artículo 169.3 de la LEC— obliga a realizar un esfuerzo por garantizar la correcta y puntual celebración de las actuaciones judiciales. La Ley establece un sistema de responsabilidades disciplinarias para el juez que incumpla

términos y plazos —ya examinado— y habilita un régimen de sanciones —artículo 183.5— frente a los litigantes, abogados, testigos o peritos que no acudan a las vistas y no justifiquen su ausencia; régimen de sanciones que respecto de abogados y litigantes puede suponer la pérdida de posiciones procesales o incluso el desistimiento y que además lleva aparejado un régimen de multas cuyos perfiles será examinado en epígrafes posteriores.

Por las razones aludidas en los puntos anteriores las suspensiones probablemente sean más habituales en los Juzgados mixtos que en los de jurisdicción dividida circunstancia que lleva a extremar las cautelas.

En materia de suspensiones debe tenerse en cuenta que cuando se trata de suspensiones derivadas de infracciones procesales la simple infracción de un trámite procesal, el no sometimiento a la estricta legalidad —por ejemplo en materia de plazo de reconvenición en el juicio verbal— no lleva aparejada la nulidad automática de los actos procesales, ésta nulidad sólo se produce si la infracción ha generado una indefensión efectiva; así se deriva del redactado del artículo 240.1 de la LOPJ —aplicable en tanto en cuanto no se apruebe la Ley Orgánica exigida para la entrada en vigor de determinados artículos de la LEC de 2000 que tenía reserva de Ley Orgánica—. Esta advertencia tiene su sentido al objeto de evitar que el juez suspenda de oficio sin analizar si realmente se produce dicha indefensión.

Por último indicar en materia de suspensión de vistas que el diseño del juicio verbal, en el que parecen excluidas las Diligencias Finales del artículo 435 ha llevado a considerar que cuando no sea posible la celebración de la totalidad de la prueba en el acto de juicio es necesario suspenderlo para garantizar la concentración. Esa concentración aunque sea deseable no hay ninguna norma en la LEC que de modo imperativo la imponga, siendo posible, al amparo del artículo 193 el señalamiento de nueva fecha puesto que se regula expresamente la interrupción de la vista.

### 1.4. **Las dificultades derivadas de la ausencia del Ministerio Fiscal**

Tanto en los procedimientos matrimoniales como en los de capacidad el legislador mantiene la necesidad de que el Ministerio Fiscal esté presente en las vistas, incluso se mantiene en el artículo 777.5 la exigencia de que el fiscal oiga a los hijos menores o incapacitados.

La presencia del Ministerio Fiscal es indispensable y redundante en beneficio de la parte desfavorecida pero choca con la realidad de muchas Fiscalías, que no disponen de fiscales suficientes para estar presentes en todos los señalamientos. Los Juzgados mixtos serán los primeros en resentirse de esta falta de plantilla y quedarán supeditados bien a la disponibilidad del fiscal bien a la celebración sin su presencia.

Hay otros supuestos en los que también se exige la intervención del Ministerio fiscal, en las cuestio-

nes de competencia territorial, en los procedimientos en defensa de los derechos fundamentales, en los incidentes de abstención y recusación; además de su presencia residual en algunos procedimientos de jurisdicción voluntaria que se siguen tramitando conforme a la LEC de 1881; en todos ellos la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal genera retrasos en las notificaciones que son mayores en los Juzgados que no disponen de destacamento de fiscalía, circunstancia que obliga a la remisión de los autos a los Tribunales Superiores de Justicia para dar curso a trámites meramente formales.

## 2. CUESTIONES GUBERNATIVAS CON INCIDENCIA JURISDICCIONAL

### 2.1. Normas de reparto

La entrada en vigor de la LEC ha obligado en todos los partidos judiciales a la modificación de las normas de reparto civiles con el fin de adaptar las existentes a los nuevos procedimientos. Por primera vez, el reparto de asuntos entre los Juzgados de la misma clase se regula con carácter autónomo y detallado, en una ley procesal, concretamente en el Capítulo V del Título II del Libro I (arts. 68 y 69). La LEC justifica esta relativa<sup>1</sup> novedad (no puede olvidarse que el precedente inmediato de esta regulación era el Título XII del Libro I de la LEC de 1881 —arts. 430 a 432—) por la relevancia procesal y jurisdiccional que debe atribuirse al reparto de asuntos y su relación con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, sin perjuicio de su dimensión meramente gubernativa y de su regulación en otras normas jurídicas<sup>2</sup>. El acento procesal que la LEC pone en estos preceptos permite no incurrir en una duplicidad legislativa, aunque forzoso es reconocer que el efecto final abunda en una situación de cierta dispersión normativa en la regulación, gubernativa y procesal, de las normas de reparto. En cualquier caso, parece que el propósito de la nueva regulación pasa por destacar el contenido constitucional de las normas de reparto en cuanto que

<sup>1</sup> Vid. Apartado VII de la Exposición de Motivos.

<sup>2</sup> El artículo 167 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece "1) Donde hubiere dos o más Juzgados del mismo orden jurisdiccional, los asuntos se distribuirán entre ellos conforme a normas de reparto prefijadas. Las normas de reparto se aprobarán por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia a propuesta de la Junta de Jueces del respectivo orden jurisdiccional. A solicitud del interesado, la Junta de Jueces podrá proponer que se libere, total o parcialmente, a un juez del reparto de asuntos, cuando la buena administración de justicia lo haga necesario. El acuerdo se trasladará a la Sala de Gobierno para que ésta, si lo entiende pertinente, proceda a su aprobación. 2) El reparto se realizará bajo la supervisión del juez decano, asistido por un secretario, y le corresponderá a aquél resolver con carácter gubernativo interno las cuestiones que se planteen y corregir las irregularidades que puedan producirse, adoptando las medidas necesarias y promoviendo, en su caso, la exigencia de las responsabilidades que procedan". Por su parte, el artículo 12.6 del Reglamento 4/1995 de 7 de junio, de los Organos de Gobierno de Tribunales, regula la publicidad de las normas de reparto mediante su publicación, en el caso de los Juzgados de 1ª Instancia e Instrucción, en el tablón de anuncios del Decanato. Por último, los artículos 24 a 32 del Reglamento 5/1995 de 7 de junio, sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, desarrolla esa faceta gubernativa de las normas de reparto someramente anunciada en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

normas obligatorias sin rango de ley que acaban definiendo quién es el Juez ordinario predeterminado por la Ley, cuya infracción debe tener efectos en el propio procedimiento, sin perjuicio de las consecuencias gubernativas que en cada caso procedan<sup>3</sup>. Más adelante se analizará el contenido de los artículos 68 a 70 de la LEC, pero con carácter previo es necesario recordar que en los Juzgados de 1ª Instancia e Instrucción, por la propia naturaleza de sus funciones, es necesario garantizar que las normas de reparto relativas a asuntos penales no van a interferir en la correcta tramitación de los procedimientos civiles. Por ello, se dedicará un primer apartado dentro de esta cuestión al estudio de la incidencia que pueden tener las normas de reparto penales para, a continuación, analizar los extremos de las normas de reparto civiles que más pueden afectar a este tipo de Juzgados.

#### 2.1.1. Las normas de reparto de asuntos penales

##### 2.1.1.1. Relativas a diligencias propias del servicio de guardia

La importancia que el contenido de las normas de reparto de asuntos penales puede tener sobre la gestión de la LEC en los Juzgados mixtos viene determinada por la posibilidad de que determinados asuntos penales urgentes puedan interferir con señalamientos penales previamente acordados. En efecto, el ejercicio conjunto por parte de este tipo de órganos de la jurisdicción civil y de la jurisdicción penal obliga a plantear la posibilidad de que actuaciones de carácter penal imprevistas puedan alterar el ritmo de señalamientos civiles. Y ante esta posibilidad, es evidente que las normas de reparto de asuntos penales deben, en la medida de lo posible, garantizar que los Juzgados no se vean obligados a realizar actuaciones penales imprevistas; el único medio para ello es atribuir al Juzgado que se encuentre desempeñando las funciones de guardia la mayor parte posible de este tipo de actuaciones.

<sup>3</sup> Debe tenerse en cuenta que, pese al contenido de la Exposición de Motivos de la LEC, la trascendencia constitucional de las normas de reparto es, según el propio Tribunal Constitucional, muy limitada, alcanzando sólo a su "razonabilidad" y a la proscripción de la designación de un juez *ad hoc*. Véase sobre esta cuestión la STC Sala 1ª de 26-06-2000, núm. 170/2000, BOE 28-07-2000. Pte: García Manzano, Pablo, que señala que "Este Tribunal tiene declarado desde la STC 47/1983, que el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la Ley reconocido en el art. 24.2 CE exige que "el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional" (SSTC 23/1986, de 14 de febrero, 148/1987, de 29 de septiembre, 138/1991, de 20 de junio, 307/1993, de 25 de octubre, 193/1996, de 26 de noviembre), sin que, en principio, las normas de reparto de los asuntos entre diversos órganos judiciales de la misma jurisdicción y ámbito de competencia, afecte al juez legal o predeterminado por la Ley pues todos ellos gozan de la misma condición legal de juez ordinario (ATC 652/1986, de 23 de julio), por lo que la interpretación y aplicación de las normas de reparto de asuntos es ajena al contenido constitucional del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y sólo puede ser revisada en este Tribunal en cuanto a su razonabilidad (ATC 113/1999, de 28 de abril)".

Más adelante se dedicará un apartado a analizar los efectos de las guardias semanales sobre la gestión de la agenda de señalamientos. En este momento, baste recordar que la actuación y las competencias de los Juzgados de Guardia carecían de una regulación expresa y completa hasta la publicación del Reglamento 5/1995 de 7 de junio, sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales<sup>4</sup>. Precisamente uno de los principios inspiradores de este reglamento, en lo concerniente al servicio de guardia, fue el principio de economía, entendido como la necesidad de evitar "la permanencia en actividad durante todo el tiempo de todos los Juzgados de Instrucción", con pleno respeto a la competencia propia de cada órgano jurisdiccional<sup>5</sup>. En lo que ahora interesa, el artículo 40 del citado reglamento define las funciones fundamentales de los Juzgados de Guardia como "la recepción, e incoación en su caso, de los procesos correspondientes a los atestados, denuncias y querellas que se presenten durante todo el tiempo de la guardia, la realización de las primeras diligencias de instrucción criminal que resulten procedentes, la adopción de las resoluciones oportunas acerca de la situación personal de quienes sean conducidos como detenidos a presencia judicial, y, en general, la práctica de cualesquiera otras actuaciones de carácter urgente o inaplazable de entre las que la ley atribuye a los Juzgados de Instrucción". En el apartado segundo de este precepto se contiene una remisión general a las normas de reparto aplicables en cada partido judicial al señalar que "en cada circunscripción judicial, las normas generales de reparto determinarán el órgano judicial a que en definitiva habrá de corresponder el conocimiento de los asuntos que ingresen a través del servicio de guardia y podrán asignar al Juzgado que en cada momento desempeñe tales cometidos el trámite y la resolución de determinadas categorías de procedimientos de los que integran la competencia de los Juzgados de Instrucción".

Este segundo apartado del artículo 40 ofrece, pues, cobertura legal suficiente para atribuir al Juzgado de Guardia, mediante las normas generales de reparto, la práctica totalidad de las diligencias urgentes, entendiendo como tal las imprevistas, de carácter penal. No obstante, los términos generales en que aparece redactado el artículo 40 y el contraste entre la regulación del Reglamento 5/1995, que intenta definir un servicio de guardia acorde con la realidad social actual, y la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, a pesar de las sucesivas reformas, sigue datando de 1882, generan en la práctica discordancias que pueden tener su reflejo en las normas de reparto.

La entrada en vigor de la nueva LEC puede ser, por ello, un buen motivo para revisar las normas de reparto penales vigentes en los Juzgados mixtos sobre la base de una idea fundamental: las limitaciones de la agenda y, en muchos casos, de las

salas habilitadas para los señalamientos civiles, obligan a garantizar en este tipo de Juzgados que las actuaciones penales que no hayan sido objeto de previo señalamiento por el juez no van a provocar suspensiones de actos procesales civiles. Partiendo de este principio general, es preciso distinguir cómo puede articularse en la práctica:

A. *La puesta a disposición de detenidos.* El contenido del citado artículo 40 del Reglamento 5/1995 parece dar a entender que los detenidos por las Fuerza y Cuerpos de Seguridad que sean conducidos a presencia judicial serán presentados ante el juez de Guardia. Sin embargo, el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que la Autoridad o Agente de Policía Judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos deberá entregarla al Juez más próximo al lugar en que se hubiera practicado la detención, para distinguir, a renglón seguido (artículos 497 a 500) si el juez ante quien se pone a disposición el detenido es o no el que conoce de la causa penal cuyo objeto ha motivado la detención, en referencia a los supuestos en que el proceso penal ya ha sido iniciado, o si es el Juez competente para el conocimiento de la causa, cuando ésta aún no se encuentre incoada. La casuística contemplada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>6</sup> parece considerar como eje de las distintas situaciones que contempla, la competencia territorial para el conocimiento de la causa penal, ya iniciada o aún por incoar, pero no hace referencia alguna a la competencia relativa que definen las normas de reparto. Esta indefinición de la LEC permite aplicar con todas las consecuencias el artículo 40 del Reglamento 5/1995, de modo que, para garantizar la disponibilidad necesaria para el cumplimiento de los señalamientos civiles, es preciso que las normas de reparto penales contemplen expresamente que todos los detenidos serán puestos a disposición del juez de Guardia, quien practicará las primeras e imprescindibles diligencias para resolver acerca de su situación personal, aun cuando la causa por la que se haya practicado la detención se tramite en otro Juzgado. A esta conclusión debe llegarse si se tienen en cuenta las disfunciones que pueden plantear las normas de reparto penales que establecen que el detenido debe ser puesto a disposición del juez de guardia, salvo que la causa de la detención sea la presunta comisión de un delito por el que se siga procedimiento penal en algún Juzgado. En efecto, en los partidos

<sup>4</sup> Los diversos supuestos regulados en los artículos 490 y siguientes pueden sistematizarse, para los casos de detenciones practicadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (entendiendo que las detenciones practicadas por particulares son muy infrecuentes), distinguiendo los siguientes supuestos: A) Detenciones preventivas derivadas del intento de comisión o de la comisión consumada de un delito *in fraganti*. B) Detención de condenados o presos que hubieran quebrantado su condena o conducción. C) Detención de procesados. D) Detención de presuntos autores de delitos cuando aún no existe procesamiento. Según la disciplina de los citados preceptos, sólo en los supuestos señalados en los apartados B) y C) si el juez a cuya disposición pasa el detenido no es el que conoce de la causa, se extiende una diligencia expresiva con el contenido expresado en el artículo 496 y pondrá el detenido a disposición del juez que conozca de la causa. En el resto de los casos, el juez, aunque no sea el que conozca de la causa, debe decidir sobre la situación personal del detenido antes de remitir lo actuado al órgano jurisdiccional competente.

<sup>4</sup> *Boletín Oficial del Estado* nº 166, correspondiente al 13 de julio de 1995.

<sup>5</sup> Véase, sobre este tema, la Exposición del citado Reglamento, concretamente su apartado IV.

judiciales en los que están vigentes este tipo de normas de reparto se aprecia que la situación de hecho que su aplicación genera equivale a una especie de guardia permanente de todos los Juzgados que impide la organización de los señalamientos civiles y penales. Existen dos tipos de situaciones, harto frecuentes, que demuestran lo desaconsejable de este segundo sistema:

— Un número importante de procedimientos penales son inicialmente sobreesidos de forma provisional al amparo del artículo 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no existir indicios suficientes para atribuir la autoría del delito investigado a persona o personas determinadas, y posteriormente reabiertos cuando se tiene conocimiento de esos indicios determinantes de la autoría (declaraciones de testigos, análisis de huellas, etc.). La obtención de esos indicios, y la correspondiente detención del presunto autor, tiene lugar cuando ya han finalizado las funciones de guardia del Juzgado que inició la causa. Si el detenido es puesto a su disposición, es muy probable que coincida con señalamientos civiles (o penales) previamente acordados, lo que inevitablemente va a provocar la suspensión de las actuaciones civiles, por la prioridad que debe darse a la declaración y decisión sobre la situación personal del detenido, o, en el mejor de los casos, retrasos importantes en la celebración real de esas actuaciones civiles.

— Es también muy frecuente que para el reparto concreto de asuntos penales entre los Juzgados mixtos se tome como referencia la fecha de comisión del hecho, de forma que corresponden a un determinado Juzgado todas las causas seguidas por infracciones penales cometidas durante el período en que ejerce las funciones de guardia. Puesto que el servicio de guardia tiene carácter semanal, según el artículo 55 del Reglamento 5/1995<sup>7</sup>, es muy habitual que el último día de guardia se reciban denuncias o atestados que dan lugar a detenciones bien ese mismo día, bien al día siguiente. En ambos casos, la puesta a disposición del detenido no suele producirse hasta el día siguiente, cuando ya han finalizado las funciones de guardia. El efecto de alteración que esas situaciones producen sobre la agenda del Juzgado es idéntico al descrito en el apartado anterior.

En definitiva, la regla general de las normas de reparto penales debe ser la de atribuir al Juzgado de Guardia la competencia para atender a las personas detenidas, independientemente de que se siga o no causa abierta en otro Juzgado. Ahora bien, sobre esta regla general la práctica aconseja introducir ciertas excepciones, que deberían ser, al menos, las siguientes:

— Las causas de especial complejidad instruidas por otro Juzgado de la misma localidad. En estos casos, parece razonable que el detenido sea puesto a disposición del juez que conoce de la causa, ya que, en primer lugar, existe una razón objetiva que

así lo aconseja y que incluso puede tener trascendencia constitucional, ya que el derecho a la libertad (art. 17 CE) implica que la decisión sobre la situación personal será más coherente si la adopta el juez que está instruyendo la causa, por su mejor conocimiento de los hechos investigados; y, en segundo lugar, nos hallamos ante supuestos bastante excepcionales que, precisamente por ser poco frecuentes, no alterarán de forma notoria la agenda del Juzgado.

— En las detenciones acordadas de oficio por otro Juzgado distinto del que ejerce las funciones de guardia al amparo del artículo 420 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para los casos de incomparecencia a las citaciones previamente acordadas, o al surgir una imputación contra una persona determinada (art. 494 del mismo texto legal), también parece razonable que sea el juez que ha acordado la detención quien tome declaración al detenido y resuelva sobre su situación personal. La incidencia que estas situaciones, mucho más frecuentes que las del apartado anterior, puede tener sobre los señalamientos civiles, debe intentar minorarse a través de dos vías: la primera de ellas consiste en fijar en el auto de detención el día y la hora en que el detenido debe ser puesto a disposición judicial. El inconveniente que plantea esta solución es que, salvo casos puntuales, las fuerzas y cuerpos de seguridad pueden verse imposibilitados para cumplir los requisitos temporales de la orden, debido fundamentalmente a las dificultades de localización de la persona afectada por la orden de detención. La segunda solución consistiría en cursar la orden de detención en los días inmediatamente anteriores al ejercicio de las funciones de guardia, pero los inconvenientes también son obvios: en muchos casos la detención se acuerda con carácter urgente, porque la naturaleza de los hechos investigados o el estado de la instrucción así lo requieren, y no puede demorarse para hacerla coincidir con las funciones de guardia; de otro lado, esta solución sólo sería viable para los partidos judiciales en los que el número de Juzgados mixtos no sea muy alto, ya que en otro caso, la distancia temporal que existe entre las funciones de guardia de cada Juzgado implicaría un sistemático retraso de las causas penales, que obviamente debe ser evitado en la medida de lo posible.

*B. Las solicitudes de autorización de entrada y registro en lugares cerrados dependientes del consentimiento del interesado.* Las normas de reparto de asuntos penales suelen contemplar, para este tipo de diligencias, dos situaciones distintas, en función de que la petición de autorización de entrada y registro se verifique como primera diligencia de investigación, es decir, sin causa abierta, en cuyo caso la competencia para decidir sobre ella se atribuye generalmente al Juzgado de Guardia, o se deduzca en una causa penal ya abierta por un Juzgado determinado, supuesto éste en el que la competencia para dictar la resolución que proceda viene atribuyéndose al juez que conoce de la causa<sup>8</sup>. Los problemas que

<sup>7</sup> Las guardias de veinticuatro horas están previstas únicamente para los partidos judiciales en los que existan más de diez Juzgados de Instrucción con jurisdicción separada (art. 48 del Reglamento 5/1995)

<sup>8</sup> En los casos en que ya existe causa penal incoada la competencia debe corresponder necesariamente al juez que conoce

desde el punto de vista de la gestión de los señalamientos civiles previamente acordados plantean este tipo de diligencias sólo van a surgir en la segunda de los supuestos descritos y se pueden examinar desde dos puntos de vista:

1º El primero de ellos es que la solicitud de entrada y registro debe ser resuelta por el juez motivadamente, lo que necesariamente implica dedicarle un tiempo, y en el caso de existir juicios civiles señalados, se provocará inevitablemente un cierto retraso, pero salvo casos muy excepcionales no será necesario acudir a la suspensión.

2º El segundo problema se suscita por la práctica de la diligencia de entrada y registro, a la que necesariamente debe asistir el Secretario Judicial, que por ello no podrá estar presente en las actuaciones civiles. Estas situaciones pueden salvarse acudiendo a la figura del oficial habilitado, pero también puede contemplarse en las normas de reparto una regla por la cual, aún cuando sea el Juzgado que conoce de la causa el competente para resolver acerca de la procedencia de la autorización de entrada y registro, sea el Juzgado de Guardia el competente para la práctica del registro propiamente dicho, a través del oportuno exhorto. Esta solución, que suele estar contemplada en las normas de reparto penales para los casos en que la entrada y registro deban verificarse fuera de las horas de audiencia del Juzgado que la acuerda, puede hacerse también extensiva a las horas de audiencia, siempre y cuando se justifique la existencia de señalamientos previamente acordados que no puedan ser celebrados sin la presencia del Secretario Judicial.

#### 2.1.1.2. La deducción de testimonio de particulares de asuntos civiles por hechos con trascendencia penal

Además de los supuestos contemplados en el artículo 40 de la LEC, bajo la rúbrica de la "prejudicialidad penal", es decir, los procedimientos civiles en los que se pone de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, a lo largo del articulado de la LEC se contemplan diversas situaciones en las que la tramitación del procedimiento puede generar, para las partes o para terceros, consecuencias penales. Las situaciones a las que nos referimos son todas aquellas que teniendo lugar dentro del proceso, como actos o omisiones estrictamente procesales, pueden llevar aparejadas consecuencias penales. La diferencia con los supuestos de prejudicialidad penal son, por ello, evidentes, ya que el fundamento de esta última será siempre un hecho acaecido fuera del proceso. La nueva regulación de la LEC ha supuesto, en la disciplina de determinadas materias, un notable incremento de las facultades judiciales y de los elementos de coerción previstos para lograr una determinada actuación de las parte litigantes o de

terceros. Ello significa que tras la entrada en vigor de la nueva regulación procesal se incrementará el número de asuntos penales que se inician por testimonio de particulares deducido de un procedimiento civil. Al margen del supuesto clásico del falso testimonio (artículo 365), la LEC contempla diversas situaciones en que la consecuencia de un acto u omisión procesal conlleva consecuencias penales, y concretamente, la posible comisión de un delito de desobediencia. Estas situaciones son las siguientes:

1. La negativa a colaborar en la práctica de determinadas diligencias preliminares (art. 261.5)<sup>9</sup>.

2. La inasistencia de los testigos o peritos al juicio o vista (art. 292.2).

3. El incumplimiento de los mandatos acordados para el aseguramiento de pruebas (art. 297.2).

4. La falta de respuesta por parte de personas jurídicas y entidades públicas a las preguntas formuladas por escrito (art. 381.2).

5. El incumplimiento de la orden de exhibición de los bienes adquiridos mediante contratos de arrendamiento financiero o contratos de venta a plazos con reserva de dominio inscritos<sup>10</sup> —art. 441.4—.

6. El incumplimiento por parte del ejecutado del requerimiento practicado para que manifieste bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución (art. 589.2).

7. El incumplimiento de la orden de entrega de bienes concretos cuando dicha entrega constituya el objeto de la ejecución (art. 701.2).

8. El incumplimiento de una obligación de no hacer declarada en sentencia firme (art. 710.1).

Pues bien, en todos estos casos, en los Juzgados mixtos es posible que el mismo Juzgado que acuerda deducir testimonio de particulares sea el que tramite el procedimiento penal. Por ello, las normas de reparto de asuntos penales deben garantizar que el testimonio de particulares deducido por un determinado Juzgado va a ser repartido entre los restantes Juzgados, con exclusión del que ha tomado la decisión de remitir el testimonio al decaído, ya que en otro caso, podrían plantearse ciertas dudas de constitucionalidad. Siguiendo la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional sobre el derecho al juez imparcial como elemento integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, este derecho exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional y que, en el caso de órganos colegiados, que la composición del órgano judicial venga determinada por la Ley y que en cada caso concreto

<sup>9</sup> El único supuesto que la LEC contempla expresamente a este respecto es la negativa de la persona que haya sido requerida para concretar a un grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables, siempre y cuando se pretenda, a través de las diligencias preliminares, facilitar la iniciación de un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios (art. 256 1.6º)

<sup>10</sup> Siempre y cuando el procedimiento se tramite por el juicio verbal diseñado en el artículo 250.1.10º y desarrollado en los artículos 437 y siguientes.

de la causa, por mandato legal, ya que así lo disponen, con más o menos claridad según el tenor de cada precepto, los artículos 545 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En consecuencia, las normas de reparto no podrán en ningún caso alterar estas normas legales.

se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente<sup>11</sup>. Sin embargo, también ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional que la garantía del juez imparcial ha de ser especialmente cuidada en el procedimiento penal<sup>12</sup>, lo que implica el cumplimiento de dos reglas:

— el juez no puede asumir procesalmente funciones de parte y

— no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra<sup>13</sup>.

Siguiendo esta jurisprudencia, parece que lo más razonable es evitar cualquier duda de parcialidad que pudiera suscitarse por el hecho de que el mismo Juez que se considera desobedecido y que, por tanto, adopta una posición que tiene alguna similitud con la parte denunciante, tramite la causa penal por el delito de desobediencia, porque una de las claves de la jurisprudencia constitucional es el principio por el cual "en este ámbito las apariencias son muy importantes porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos"<sup>14</sup>, principio que implica que pueden también surgir dudas sobre la imparcialidad cuando, en un pleito anterior se ha pronunciado sobre los hechos debatidos<sup>15</sup>. Este problema, no obstante, no tiene fácil solución en los partidos judiciales en los que existe un único Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción, salvo que se entienda que en estos casos debe actuar como juez penal el juez sustituto o, en otro caso, que la reglas de determinación de la competencia territorial para la instrucción de causas

<sup>11</sup> Resultan interesantes a este respecto la STC 43/1987, 6/1996 y 6/1997, citadas todas en el Auto TC 2ª sec. 4ª de 28-04-1999, núm. 113/1999 (BOE 01-06-1999)

<sup>12</sup> SSTC 75/1984, 133/1987, 150/1989, 111/1993, SSTC 137/1997, SSTC142/1997, SSTC151/97 y 237/1997, citadas todas ellas en la SSTC 162/99, de 27 de septiembre (BOE 3-11-99).

<sup>13</sup> SSTC 162/99, que cita las Sentencias del TEDH de 22 de junio de 1989 (caso Langborger), de 25 de noviembre de 1993 (caso Holm), de 20 de mayo de 1998 (caso Gautrin y otros) distingue dos perspectivas: la perspectiva subjetiva trata de apreciar la convicción personal del juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Desde esta perspectiva, la imparcialidad del juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas. La perspectiva objetiva, sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto; por ello, desde este punto de vista, son muy importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan en el proceso, el juez puede ser visto como un tercero en el litigio, ajeno a los intereses que en él se ventilan.

<sup>14</sup> El TC ha considerado incluidos dentro de la vulneración del derecho al juez imparcial los casos en que el juez no es ajeno a la causa porque está o ha estado en posición de parte realizando las funciones que a éstas corresponden, o porque ha exteriorizado anticipadamente una toma de partido a favor o en contra del acusado (SSTC 162/99, con apoyo en la jurisprudencia del TEDH (sentencias de 23 de abril de 1996, caso Remli, y de 25 de febrero de 1997, caso Gregory).

<sup>15</sup> SSTC 138/1994, 206/1994 y 47/1998, y Sentencias del TEDH, de 7 de julio de 1996 (caso Ferrantelli y Santangelo) y de 26 de agosto de 1997, caso De Haan).

penales no impiden entender que debe actuar otro juez titular en una especie de prórroga de jurisdicción por sustitución legal.

### 2.1.2. Las normas de reparto de asuntos civiles

Las normas de reparto de asuntos civiles en los Juzgados de 1ª Instancia e Instrucción no plantean, en principio, diferencias significativas respecto de las que rigen en los Juzgados de 1ª Instancia. No obstante, merece la pena destacar que si cualquier redacción de las normas de reparto tiende a garantizar una equitativa distribución de la carga de trabajo entre los Juzgados de la misma clase, en los Juzgados mixtos, precisamente por ese desdoblamiento de competencias civiles y penales que les caracteriza, es preciso dedicar especial atención a ese fin de equilibrio entre órganos jurisdiccionales. Desde este punto de vista, pueden destacarse algunos aspectos que pueden incidir en el deseable reparto igualitario de los asuntos.

#### 2.1.2.1. Cuestiones generales

Aunque el legislador no hace referencia alguna a las peculiaridades de los Juzgados mixtos ni en la exposición de motivos ni en el texto articulado de la Ley, lo cierto es que en la configuración de la LEC 2000 se puede apreciar que de un modo consciente o inconsciente el diseño de procesal civil está pensado para juzgados de jurisdicción dividida. En materia de reparto esa apreciación se confirma ya que el artículo 69 exige que el reparto se efectúe dentro de los dos días siguientes a la presentación de la demanda. En los Juzgados mixtos, en los que la infraestructura del decanato prácticamente no existe el reparto cada dos días obliga a realizar dicha actuación tres veces a la semana.

No hay referencia expresa a quien tiene competencias para realizar el reparto circunstancia que permite afirmar que los Secretarios Judiciales habrán de seguir asumiendo esa función.

En la regulación legal del reparto se establecen normas respecto de los supuestos de impugnación por los litigantes (art. 68.3) estableciendo que contra la decisión de reparto no cabe declinatoria pero sí impugnación; no establece la LEC quien es el juez competente para resolver esa impugnación, si el juez decano, responsable del reparto, o el juez al que se le ha repartido el asunto. En este punto debe tenerse en cuenta que la LEC no establece la forma que debe adoptar la decisión de reparto y que, en muchas ocasiones, la primera noticia que tiene el litigante del resultado del reparto es el auto de admisión dictado por el Juzgado al que por turno le ha correspondido la demanda.

Al no haber una resolución formal en la que se comunique el reparto no hay posibilidad de articular formalmente la impugnación ante el juez decano, quedando únicamente la impugnación frente a la resolución de incoación de la demanda dictada por el Juzgado.

Aunque la Ley no establece normas al respecto es lógico pensar que el litigante tiene derecho a reclamar las normas de reparto antes de la impugnación. A falta de normas específicas sobre esta impugnación debe acudir a los criterios generales del recurso de reposición, son la salvedad de que por tratarse de una decisión gubernativa, no jurisdiccional, cabe la posibilidad de acudir en alzada a la Sala de Gobierno del TSJ, órgano competente para aprobar las normas de reparto.

Tampoco hay mención en la LEC a los supuestos de impugnación del reparto por los propios jueces, en estos caso la diligencia de reparto es la susceptible de recurso que deberá resolver el decano y la Sala de Gobierno en segunda instancia.

#### 2.1.2.2. El reparto de las demandas en las que se ejerciten pretensiones derivadas de un accidente de circulación

La doble regulación, civil y penal, que se prevé en nuestro ordenamiento jurídico para el tratamiento de las acciones u omisiones imprudentes puede provocar que en muchos casos exista una duplicidad de procedimientos de distinta naturaleza por unos mismos hechos. Esta posibilidad es frecuente en los accidentes de circulación que, como es notorio, suponen un porcentaje importante de los asuntos civiles en cualquier Juzgado. Desde el punto de vista de la jurisdicción penal, la recepción de atestados y parte médicos de lesiones causadas en accidentes de circulación da lugar a la incoación de diligencias previas o de actuaciones de juicio de faltas, que pueden ser archivadas provisionalmente hasta tanto se presente la denuncia por el perjudicado. En cualquier caso, lo habitual es que el procedimiento penal se inicie antes que el eventual proceso civil, por lo que, en el momento de presentación y reparto de la demanda, es muy posible que ya existan actuaciones penales, vivas o archivadas, en el mismo o en otro Juzgado distinto de aquél al que le es turnada la demanda. En estos casos lo que se plantea es si resulta más beneficioso prever en las normas de reparto civiles que las demandas derivadas de accidentes de circulación sean turnadas al mismo Juzgado que tramitó (o aún tramita) el procedimiento penal o si es preferible asignar un turno de reparto normal en función del tipo de procedimiento, verbal u ordinario, que haya sido alegado en la demanda<sup>16</sup>. Ambas soluciones tienen las siguientes ventajas e inconvenientes. Así, las normas de reparto que atribuyen el conocimiento de este tipo de demandas al Juzgado que inició el previo procedimiento penal consiguen dos efectos claramente beneficiosos para la tramitación del proceso civil sin dilaciones indebidas. El primero de ellos

viene dado por la facilidad de practicar la previsible prueba documental consistente en unir al procedimiento civil testimonio de lo actuado en vía penal, prueba que puede llevarse a cabo mediante la unión en cuerda floja de esas actuaciones penales, siempre y cuando hayan sido finalizadas<sup>17</sup>. Se evita así el trámite de solicitar vía exhorto testimonio de la causa penal al Juzgado que la haya tramitado, y, paralelamente, el retraso que esta circunstancia puede provocar en el procedimiento civil, sobre todo en los casos de juicios verbales, en los que el exhorto sólo puede librarse tras la celebración del juicio, cuestión ésta que nos enfrenta al espinoso tema de la admisión de las diligencias finales en el juicio verbal. En el juicio ordinario, el exhorto debe librarse después de la audiencia previa y, en principio, debe estar cumplimentado al iniciar el juicio, aunque no puede olvidarse que existen procedimientos penales muy voluminosos y que existe una cierta tendencia a ir retrasando el cumplimiento de este tipo de exhortos.

El segundo efecto positivo de este tipo de normas de reparto consiste en la evitación de todos los incidentes de acumulación de procesos entre distintos Juzgados, que, como es sabido, son muy habituales en accidentes de circulación con varios implicados o con versiones contrapuestas no confirmadas por un atestado. En estos casos, si todas las demandas relativas a accidentes de circulación se turnan al Juzgado que conoció del previo procedimiento penal (normalmente el que estaba en funciones de guardia en la fecha del accidente) y concurren los requisitos precisos para la acumulación de procesos, el único incidente de acumulación de autos que podrá promoverse y sustanciarse será el previsto en los artículos 81 a 85, que, por su regulación legal, resulta mucho más rápido y sencillo que el incidente de acumulación previsto para los casos en que los procesos se tramiten ante distintos Juzgados (arts. 86 a 91).

Ahora bien, el inconveniente que plantea esta solución para el reparto de las demandas a las que se viene haciendo referencia es que la distribución de la carga de trabajo que supone su aplicación es muy aleatoria, con lo que se aleja de ese principio básico de equidad que debe presidir el contenido de las normas de reparto. En efecto, partiendo de que el reparto de asuntos penales se llevará a cabo, generalmente, en atención a la fecha del accidente, el Juzgado que tenga peor suerte en su período de guardia recibirá no sólo un mayor reparto de asuntos en la sección penal (cuestión esta que resulta obviamente inevitable), sino también, previsiblemente, un mayor número de demandas civiles. Por tanto, para optar por una u otra solución sería preciso realizar un somero análisis estadístico tendente a determinar si el número de causas penales que se inician en cada Juzgado por este tipo de infracciones imprudentes es o no homogéneo, al menos en cierta medida.

<sup>16</sup> Pese a que las dudas sobre la vigencia o derogación del juicio verbal de tráfico regulado en las Disposiciones Adicionales de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, siguen planteándose, parece mucho más extendida la opinión que aboga por entender que las citadas Disposiciones Adicionales han quedado tácitamente, por no tener naturaleza de ley orgánica, sino de ley ordinaria, y que, en consecuencia, las pretensiones relativas a las reclamaciones de cantidad derivadas de accidentes de circulación deben ventilarse por el juicio, verbal u ordinario, que corresponda a la cuantía.

<sup>17</sup> La hipótesis que se contempla parte de que el procedimiento penal ya ha concluido, ya que en otro caso, nos encontraríamos ante un supuesto de prejudicialidad penal, que por aplicación del artículo 40 obligaría a la suspensión del procedimiento civil.

### 2.1.2.3. La incidencia del control de oficio del procedimiento elegido en la demanda sobre el reparto de asuntos

El artículo 254 de la Ley establece amplias facultades al juez para que de oficio dé al procedimiento el trámite que corresponda, sin estar vinculado por el tipo de juicio solicitado en la demanda; esta circunstancia puede determinar que procedimientos inicialmente repartidos como ordinarios terminen por tramitarse como verbales o viceversa, con las correspondientes alteraciones de las normas de reparto entre Juzgados. Al objeto de evitar la descompensación entre tipos de asuntos repartidos parece razonable que el cuando el juez varíe el tipo de juicio inicialmente repartido lo comuniqué al Decanato a los solos efectos de que conste con vistas a sucesivos repartos.

### 2.1.2.4. Los internamientos del artículo 763

El procedimiento de internamiento por trastorno psíquico prevé dos supuestos:

A. El internamiento ordinario o no urgente, que requiere la autorización del juez antes del ingreso. El juez competente es el del lugar donde resida la persona afectada.

B. Internamiento urgente, en el que la autorización del juez se realiza a posteriori, siendo competente para la ratificación el juez del lugar en el que radique el centro.

Con carácter general hay dos posibles criterios de atribución de reparto en los Juzgados mixtos:

1. Atribuir el conocimiento al Juzgado de Guardia en ambos supuestos, sin perjuicio de que posteriormente el procedimiento de incapacitación se reparta por el turno correspondiente.

2. Establecer un turno de reparto especial entre los Juzgados.

La primera fórmula supone un incremento de trabajo para el Juzgado de Guardia, competencia que puede interferir en el normal desarrollo de las actuaciones penales; el segundo sistema puede interferir en la organización de la agenda del juez.

Cabría una tercera posibilidad, la de fijar un turno de guardia de incapacidades por días o por semanas que permitiera al juez conocer de antemano las fechas en las que es le corresponde conocer de estos asuntos.

### 2.1.2.5. Reparto de medidas cautelares

En la nueva Ley de Enjuiciamiento civil el legislador permite la adopción de medidas cautelares antes de la interposición de la demanda en tres supuestos diferentes:

— En procedimientos que afecten al estado civil de las personas (art. 762).

— En procedimientos matrimoniales (art. 771).

— En procedimientos declarativos en general (arts. 721 a 747).

En los tres supuestos lo razonable es articular

sistemas de reparto automático y no vincularlos a los Juzgados de Guardia, aunque dichas solicitudes puedan incidir en el normal desarrollo de los señalamientos.

### 2.1.2.6. Las medidas urgentes en asuntos no repartidos

En la nueva Ley se establece, como principio general (art. 68) que no se permitirá el curso de ningún procedimiento si no consta la diligencia de reparto correspondiente, el párrafo 4º del propio artículo 68 sanciona con la nulidad las diligencias realizadas sin la previa diligencia de reparto.

Pese a lo anterior el artículo 70 habilita a los jueces decanos para adoptar las medidas urgentes en los asuntos no repartidos, siempre y cuando de no hacerlo pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable. Los supuestos en los que pueden darse estas circunstancias son: medidas previas a un procedimiento matrimonial, un procedimiento que afecte a menores o incapaces o un procedimiento mercantil de competencia desleal.

En los Juzgados mismos este supuesto ciertamente excepcional supone una carga de trabajo adicional de los decanatos dado que se adopten o no dichas medidas puesto que el artículo 70 establece, implícitamente, un incidente en el cual la parte que presenta la demanda o solicitud debe acreditar la concurrencia de ese perjuicio grave e irreparable y el decano debe pronunciarse sobre la concurrencia o no de dichas circunstancias y, en su caso, adoptar las medidas correspondientes.

Aunque la ley no haga en el artículo 70 referencia alguna a otras normas del propio texto es evidente que las medidas que pudieran adoptarse habrían de sujetarse a los supuestos de medidas cautelares adoptadas sin audiencia de la parte contraria, previstas y reguladas en el artículo 733 de la LEC, con los límites y condicionantes derivados de la propia regulación legal de las medidas cautelares.

El único modo de evitar el supuesto del artículo 70 sería el del establecimiento de un sistema de reparto automático que permitiera determinar el Juzgado al que le corresponde el conocimiento del asunto en el mismo momento en el que se presenta la demanda.

### 2.1.2.7. La norma legal de reparto y su incidencia en las acumulaciones

La nueva Ley de Enjuiciamiento civil establece novedades al regular la posibilidad de acumulación no sólo en procesos declarativos sino también en procesos de ejecución (art. 555). Las acumulaciones de procedimientos tienen una indudable incidencia en los repartos en la medida en la que el Juzgado que reclama una acumulación ve incrementado el número de asuntos que ha de tramitar;

en principio parece que no es necesario fijar normas especiales de reparto o de comunicación de las acumulaciones a los efectos del reparto ya que lo lógico es que las acumulaciones acordadas se compensen con las aceptadas; sin embargo la regulación de la nueva Ley puede alterar el criterio de la acumulación:

1º Se establecen normas más estrictas respecto de la acumulación de procesos ya que no será posible la acumulación de procesos cuando las pretensiones hubieran podido ejercitarse conjuntamente (art. 78).

2º Al regularse la prejudicialidad civil muchos asuntos en vez de acumularse quedarán supeditados a dicha prejudicialidad (art. 43).

3º Los criterios restrictivos de acumulación en los supuestos de juicio verbal (artículo 438.3 de la LEC).

4º En el supuesto de la acumulación de procedimientos de ejecución el artículo 555 deja al criterio del juez que conoce del asunto más antiguo la conveniencia de dicha acumulación.

El artículo 73.2 de la LEC, al igual que establecía con anterioridad la normativa societaria, establece un supuesto legal de acumulación en los casos de impugnaciones de distintos socios contra un mismo acuerdo societario.

Al objeto de garantizar el equilibrio entre asuntos tramitados por los Juzgados de un mismo partido deben establecerse mecanismos que permitan la constancia de los procedimientos acumulados a los efectos de reparto.

#### 2.1.2.8. Las llamadas *class action* y su incidencia en los repartos

Las llamadas acciones de clase por las cuales se permite a un grupo de perjudicados litigar en defensa de intereses comunes por medio de un incidente de identificación de los perjudicados (arts. 11 y 15) son una de las novedades más llamativas de la Ley por cuanto se adopta por el derecho español una institución que se ha consolidado dentro del derecho anglosajón. La regulación de estas *action class* permite incluso la incorporación de perjudicados a la fase de ejecución (art. 519).

Este tipo de procedimientos tienen complejidad no sólo en cuanto a las pretensiones ejercitadas, normalmente vinculadas a la defensa de intereses de consumidores y usuarios, sino también a la tramitación no sólo porque afectan a pluralidad de partes, muchas veces colectivos muy amplios, sino porque la propia ley regula incidentes específicos para la determinación de los sujetos activos que pueden ser tanto o más complejos que la tramitación del pleito en sí.

Al objeto de evitar situaciones de desequilibrio entre los Juzgados de un mismo partido se pueden articular dos sistemas de compensación:

1º La creación de un turno especial dentro de las normas de reparto para este tipo de asuntos, igual que se prevén turnos especiales para procedimientos mercantiles.

2º Fijar a priori criterios de exención o reducción de reparto a los Juzgados que deban conocer de estos asuntos.

#### 2.1.3. Conclusión

El análisis aislado de todos y cada uno de estos problemas derivados del reparto puede ser poco trascendente para la marcha de un Juzgado pero lo cierto es que en los Juzgados mixtos en los que se incoan una media de 250 asuntos civiles al año la adopción de normas de reparto excesivamente genérica y vagas puede generar no sólo problemas entre los Juzgados en orden a la posible impugnación de los repartos sino descompensaciones que, examinadas en su conjunto, pueden causar graves perjuicios a unos Juzgados en detrimento de otros.

La coincidencia del CGPJ y del Ministerio de Justicia de la creación de Juzgados civiles especializados o los llamados Juzgados civiles, de ámbito provincial y con competencia en procedimientos ordinarios de unas determinadas características, lleva a pensar que a medio plazo los actuales Juzgados mixtos tendrán competencias civiles únicamente en juicios verbales, procesos monitorios, procedimientos matrimoniales y de estado civil y algunos juicios ordinarios que, por la materia que se ventile, no sean especialmente complejos.

#### 2.2. La numeración de los procedimientos

Al distinguir el legislador entre procedimientos declarativos y de ejecución y establecer en el artículo 517 de la LEC 2000 que el primero de los títulos que lleva aparejada ejecución es la sentencia de condena firme, se obliga, a efectos de registro de asuntos, a identificar con un número distinto del procedimiento de declaración el de ejecución. Por otra parte el CGPJ está a punto de hacer pública una instrucción por la cual se reclama de los Juzgados y Tribunales que reclama número de incoación independiente para los juicios monitorios con oposición y para el despacho de ejecución del juicio monitorio<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Proyecto de Instrucción nº 2/2001, DE \*\*\*, del pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre anotación y registro de los procesos civiles de ejecución en los Juzgados y Tribunales.

*Primero.* A fin de asegurar un tratamiento informático y estadístico uniforme de los datos relativos al registro de asuntos civiles, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, y sin perjuicio de las decisiones de índole jurisdiccional que sean procedentes, en el libro general de asuntos se asignará a los procesos civiles de ejecución, sea provisional o definitiva y cualquiera que sea el título que le haya dado origen, un número correlativo, distinto y separado del que se haya asignado al proceso declarativo del que traiga causa, en su caso, la ejecución, indicando en la anotación de la ejecución el número correspondiente a dicho proceso declarativo.

*Segundo.* Con independencia de asignar número separado a la ejecución, en la anotación relativa al proceso declarativo correspondiente se hará la necesaria referencia al número posteriormente asignado a la ejecución.

*Tercero.* Cuando la ejecución se funde en un título judicial único, sólo se practicará una anotación, aun cuando aquél contenga varios pronunciamientos.

*Cuarto.* En los casos en que se despache ejecución por falta de oposición en un proceso monitorio o cambiario a efectos es-

El primer efecto de esta decisión va a ser que en el año 2001 aumente o no la litigiosidad efectiva lo que sí va a aumentar sensiblemente va a ser el número de asuntos incoados por los Juzgados civiles, incremento que será de un tercio superior al del año anterior. Esta medida tiene una consecuencia positiva ya que por fin se contabilizan las ejecuciones a efectos estadísticos lo que permitirá por una parte valorar de manera más fiable la labor del juez de instancia y, por otra, conocer exactamente el número de asuntos en ejecución que de modo efectivo tiene cada juzgado.

Este criterio de cuantificación va a tener efectos positivos en orden a la creación de nuevos órganos judiciales y también en lo referido al establecimiento de normas de reparto especiales en el supuesto de órganos de nueva creación o en el de Juzgados que requieran el nombramiento de comisiones de apoyo; hasta la fecha las ejecuciones no eran tenidas en cuenta en ninguna de estas dos medidas.

Sin embargo la decisión de numerar puede tener efectos perjudiciales para los litigantes sobre todo en lo referido a la consignación de cantidades a disposición de los distintos procedimientos. En los Juzgados mixtos en los que hay muchas vacantes de secretarios judiciales si no se llevan de muy actualizadas las cuentas y no se establece con claridad los cambios de numeración del proceso declarativo y del de ejecución surgirán sin duda problemas en la localización del dinero consignado y su entrega al interesado.

### 3. CUESTIONES PROCESALES

Muchas de estas cuestiones procedimentales que afectan específicamente a los Juzgados mixtos ya se han tratado en los capítulos anteriores en los que se ha incidido en los problemas de la acumulación de procedimientos, en las *action class*; en algunos aspectos de la ejecución e incluso en el papel del juez en la nueva Ley. Pese a ello parece necesario detenerse en alguna de las novedades legislativas y ver su posible incidencia en los Juzgados mixtos.

#### 3.1. Disposiciones generales relativas a los juicios civiles

##### 3.1.1. Las funciones del juez de 1ª Instancia

Ya se ha hecho referencia en otros apartados la consolidación de un tipo de juez de 1ª Instancia distinto del existente hasta la fecha ya que se opta por

---

tadísticos se dará por terminado el proceso y se registrará la correspondiente ejecución.

*Quinto.* Registrada una ejecución provisional, su conversión a definitiva o las actuaciones derivadas de la revocación total o parcial de la sentencia, no darán lugar a nuevo registro, manteniendo el mismo número la ejecución.

Comuníquese a los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia para su difusión entre los órganos jurisdiccionales de su territorio, con independencia de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

un juez mucho más implicado en el procedimiento tanto declarativo como de ejecución.

##### 3.1.1.1. El juez en fase declarativa

Ya advierte el artículo 137 de la ineludible presencia del juez en vistas y comparecencias y en el desarrollo de toda la prueba, bajo advertencia de nulidad de pleno derecho.

Esta exigencia de inmediatez incide, como se ha visto, en la organización de la propia agenda y se intensifica si se tiene en cuenta que el artículo 194 aplica a la jurisdicción civil el criterio ya existente en la jurisdicción laboral y en la penal, que no es otro que el de reclamar al Juez que estuvo presente en el juicio o vista que dicte la sentencia y que si no es posible se repita el juicio.

La introducción de esta exigencia en el ámbito civil obliga, entre otras cosas, a modificar la relación que el juez tiene con el procedimiento y con la prueba dado que no es posible acordar diligencias para mejor proveer que permitan eludir el dictado de las sentencias, o la admisión de pruebas poco útiles y costosas de practicar.

En los Juzgados mixtos la movilidad de los titulares incidirá de modo directo en el modo de señalar y en la propia cadencia de señalamientos sobre todo en aquellos supuestos en los que el juez tenga previsto cambiar de destino. También afectará al régimen de sustitución de jueces y magistrados que ya no podrá ser el de simple firma y trámite ordinario puesto que el juez que sustituya al compañero habrá de estar presente en los señalamientos de vistas que se produzcan y, por aplicación de este artículo 194, dictar sentencia.

##### 3.1.2. El juez en la ejecución

Aunque formalmente el artículo 545.4.2. atribuye la competencia de la ejecución a los Secretarios lo cierto es que el propio artículo 454.4 en el apartado 1º realiza una relación exhaustiva de las resoluciones que debe dictar el juez y que incluyen: el auto despachando ejecución tanto provisional como definitiva, las resoluciones que afecten a los embargos, las que decidan sobre la oposición, suspensión, sobreseimiento o reanudación de la ejecución y las tercerías; a ellas se debe añadir el auto de adjudicación, la presencia en las comparecencias previstas en los medios alternativos a la subasta —adjudicación directa del 640 y encargo a tercero especializado del 641—, las multas coercitivas del artículo 589 y 590, la evitación de la tercería prevista en el artículo 593... Además debe indicarse que la desaparición de las propuestas de providencia y auto dejan a los secretarios judiciales con un cauce muy limitado para resolver incidencias en el procedimiento, quedando su función reducida al impulso procesal, la fe pública, la llevanza de libros y custodia de autos, la presidencia de las subastas y la concreción del avalúo en los inmuebles.

La ejecución deja de ser una continuación del

proceso de declaración y se convierte en un nuevo proceso más complejo y con más mecanismos de protección y defensa del ejecutante lo que obliga al juez a implicarse mucho más en la ejecución ya que pueden ser mucho mayores las incidencias a la misma.

En los Juzgados mixtos la asunción de nuevas competencias por los jueces va a ser de muy difícil realización atendiendo a las responsabilidades que ya pesan sobre él.

### 3.2. Las nueva distribución de la litigiosidad

Las normas de atribución de la competencia territorial se modifican profundamente no sólo porque el artículo 50 establece como criterio general para litigar el del domicilio del demandado, sino porque el artículo 54 y 58 establecen un sistema de determinación de la competencia mucho más rígido que el anterior fijando el fuero imperativo en 17 procedimientos reconociendo al juez amplias facultades para examinar de oficio su competencia territorial.

El nuevo sistema culmina en el artículo 813 al establecer la competencia del juicio monitorio en el domicilio o residencia del deudor, sin posibilidad de sumisión de ningún tipo y el artículo 820 fija en igual sentido la competencia para el juicio cambiario.

Hasta la fecha era habitual que conforme a las normas de sumisión expresa o tácita los procedimientos se llevaran en su mayoría en los grandes núcleos urbanos, permitiendo a los abogados la tramitación todos los procedimientos en una sola localidad. Con la nueva Ley el mapa de la litigiosidad ha de transformarse obligando a litigar en los domicilios de los demandados lo que hará que los pleitos se dispersen en las áreas metropolitanas de las grandes ciudades, dispersión que supone un aumento del número de asuntos que corresponderán a los Juzgados mixtos ya que la dispersión afecta a los procedimientos que pueden ser más utilizados: el monitorio —que probablemente absorba un 35% de los procedimientos declarativos anteriores al 8 de enero de 2001— el cambiario y los procedimientos que afectan a los intereses de los consumidores.

### 3.3. Los Juzgados de Paz

En la mayor parte de los casos estos Juzgados de Paz dependen directamente de los jueces de Juzgados mixtos lo que supone un trabajo añadido.

La posibilidad de una justicia de proximidad reclamada por el CGPJ en sus medidas de desarrollo del Libro Blanco y por el Ministerio de Justicia en el Pacto de Estado de la Justicia quedan reducidas a la mínima expresión en la LEC 2000 ya que atribuye competencias a los Juzgados de Paz en reclamaciones de cantidad de cuantía inferior a 15.000 pesetas (art. 47), lo que determina que los Juzgados mixtos no vayan a descongestionarse por los procedimientos que pudieran asumir los jueces de paz.

Además en la nueva Ley se reducen las competencias de los Juzgados de Paz en lo relativo a actos de cooperación judicial ya que el artículo 170 establece que corresponde el auxilio judicial al Juzgado de 1ª Instancia del lugar en cuya circunscripción deba practicarse, asumiendo el Juzgado de paz competencias sólo en actos de comunicación lo que determina que las diligencias de prueba —declaraciones— y las de ejecución —embargos— las haya de realizar el Juzgado de 1ª Instancia. Es decir, más trabajo de que se tenía hasta la fecha.

### 3.4. Actos de comunicación

Regulados en el artículo 149 y siguientes de la LEC, quedan bajo la dirección del Secretario Judicial (artículo 152). En los Juzgados con jurisdicción dividida dichos actos los realizan los servicios comunes, en los Juzgados mixtos sin embargo esa tarea se encomienda al agente judicial del Juzgado. El nuevo sistema de actos de comunicación modifica algunas cuestiones respecto de la regulación anterior:

#### 3.4.1. Tipos de actos de comunicación

1) Notificaciones. Tienen por objeto dar noticia de una resolución, diligencia o actuación. No se admite respuesta alguna, salvo que se hubiera ordenado así.

2) Emplazamientos. Para personarse y para actuar dentro de un plazo. No se admite respuesta alguna, salvo que se hubiera ordenado así.

3) Citaciones. Cuando determinen lugar, fecha y hora para comparecer y actuar. No se admite respuesta alguna, salvo que se hubiera ordenado así.

4) Requerimientos. Para ordenar una conducta o inactividad,

5) Mandamientos.

6) Oficios.

#### 3.4.2. Modos de realizar los actos de comunicación

1) Por medio del procurador. Quienes estén personados en el procedimiento con representación de procurador. Los actos de comunicación se pueden realizar:

a) En el propio Juzgado o Tribunal.

b) En el servicio organizado por el Colegio. Remitiendo copia duplicada de la resolución o cédula.

2) Por remisión por correo certificado, telegrama u otro medio que deje constancia fehaciente de:

a) Recepción.

b) Fecha.

c) Contenido de lo comunicado.

\* Puede ordenarse, a costa de las partes, la remisión a varios lugares a la vez.

\* No puede hacerse por esta vía la citación inicial.

3) Entrega al destinatario de la resolución, cédula o emplazamiento.

Plazo para notificar las resoluciones judiciales: 3 días.

Las notificaciones efectuadas a la Abogacía del Estado y Ministerio Fiscal. Se tienen por realizadas al día siguiente.

#### 3.4.3. Contenido de las cédulas:

- 1) Tribunal que dicta la resolución.
- 2) Asunto en el que haya recaído.
- 3) Nombre y apellidos de la persona a la que se cite.
- 4) Objeto de la resolución,
- 5) Lugar, día y hora en que deba comparecer o plazo para realizar una actuación.

#### 3.4.4. Realización de actos de comunicación con partes no personadas o no representadas por procurador. *La comunicación se remite al domicilio del litigante:*

— La parte demandante tiene la obligación de ofrecer todos los datos que permitan localizar al demandado. Incluido nº de teléfono o fax. O solicitar que se le cite en el domicilio que conste en:

- a) Padrón.
- b) Registro oficial.
- c) Colegio profesional.
- d) Lugar de trabajo.

— Una vez comparecido el demandado podrá designar u domicilio distinto.

#### 3.4.5. Especialidades de la comunicación inicial de un procedimiento o las que exigieren certeza sobre la citación personal de la parte (art. 161)

Debe realizarse en el domicilio que conste en autos.

A. Entrega a la parte en persona. Si se niega a recibir la cédula o a firmar:

a) Se amonesta al citado.

b) Se le indica que la resolución o cédula queda a disposición de la parte en el Juzgado.

B. Si la parte no se encuentra en dicho domicilio y resulta el lugar que conste en el padrón, registro público, colegial o laboral. La entrega se realiza:

a) A empleado.

b) A familiar mayor de 14 años.

c) Al conserje.

En la diligencia debe constar el nombre del destinatario y del receptor, la relación que exista entre ambos, el día y la hora de entrega.

C. Si no hay nadie. El funcionario debe procurar averiguar si vive allí el destinatario y, si no viviera allí consignar los datos que pudieran facilitar su paradero.

D. Si se ignora el paradero se puede realizar averiguación de oficio.

Comunicación a testigos, peritos y a quienes no sean parte en el procedimiento.

Se hará por correo, telegrama u otro medio semejante en el domicilio que faciliten las partes.

Si no se puede hacer por esta vía se realiza en la misma forma vista en el artículo 161, permitiendo incluso la averiguación de paradero.

#### 3.4.6. Responsabilidad de los funcionarios y profesionales que intervinieren en la comunicación. Si por malicia o negligencia diere lugar a retrasos o dilaciones indebidas

a) Corrección disciplinaria.

b) responsabilidad por daños y perjuicios.

El procurador que incurriere en dolo o morosidad en los actos de comunicación que haya asumido o no respetare alguna de las formalidades legales causando perjuicio a tercero, será responsable de los daños y perjuicios causados.

## Constitución y jurisdicción: por un compromiso del juez latinoamericano\*

Alicia RUIZ

"No hay dogmática sin historia, o no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen de un vacío puro e intemporal, sino en un lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante". F. Tomás y Valiente

1

¿Cómo construir el poder judicial de un estado de derecho? La pregunta es pertinente porque todavía en nuestro país el poder judicial como institución, no está comprometido con el orden democrático ni es realmente independiente. Muchos factores han incidido en este estado de cosas, y en lo que sigue abordaré apenas algunos aspectos de la cuestión.

En la búsqueda de un comienzo adecuado, recordé las reflexiones de una teórica del feminismo. Dice Françoise Collin: "Durante mucho tiempo la transmisión a través de las mujeres, y entre mujeres, parece haber funcionado más en la forma de la repetición que en la de la innovación... En la medida en que las mujeres no eran consideradas como agentes sociales y culturales sino, sobre todo, como guardianas de un mundo que ellas no constituían ni modificaban, se pudo inferir su carácter más conservador que innovador".

Los cambios ocurridos —continúa— colocan a las mujeres en una coyuntura que les produce cierta perplejidad, en la que no les es fácil conciliar tareas que provienen de herencias diversas, ni definir una identidad que no esté sometida a la alternativa de "o esto o lo otro". "El camino —advierte— individual y colectivamente, no es cómodo..." y "...la transformación efectiva del papel de las mujeres induce a cuestionar la representación que de su identidad se diera en el pasado".

Collin se interroga acerca de la posibilidad de una historia de las mujeres independiente de la historia común, o si, por el contrario, la historia de las mujeres debe leerse inscripta en la historia general. "La historia es forzosamente historia de lo permanente, de lo duro, del monumento, de lo monumental". Se quiera o no la historia tiene que ver con lo que se revalúa. "... No hay construcción a partir de una 'tabula rasa' sino más bien deconstrucción y reconstrucción de y en lo que está ahí. Nacida de la política, la historia feminista permanece tributaria de una problemática del poder o de los poderes." Aquí se detiene en el concepto de memoria al que distingue de la noción de historia. La memoria registra las

huellas, los gestos destinados a la simple repetición, al simple ejercicio de la vida de las mujeres, que estando en el mundo, no se proponen ni están en situación de cambiarlo o de desencadenar en él un acontecimiento.

Quiero introducir ahora algunos paralelismos entre las mujeres y los jueces, sugeridos por las observaciones de Collin. ¿No nos sucede a los jueces como a las mujeres? ¿No fuimos pensados, y nos pensamos, durante mucho tiempo —en nuestra tarea cotidiana, en la función de todos los días— como repetidores, guardianes del orden que existe? Y lo que es aún más significativo ¿no fuimos fieles a ese modelo? Jueces mantenedores del sistema social, reproductores, alejados y hasta temerosos del cambio y de la transformación.

Sin embargo en los últimos años, y por razones bien diversas, al poder judicial se le exige que asuma y resuelva muchos y nuevos problemas. Los jueces, colocados de pronto en el centro de la escena, no sabemos cómo jugar el papel asignado. Estamos perplejos —como las mujeres— porque la responsabilidad no es menor, los modelos heredados sirven poco, y no nos reconocemos.

Nos vemos enfrentados, por un lado, a una judicialización creciente de lo político, o más precisamente de mucho de lo que, en etapas previas, parecía ajeno y alejado del ámbito jurisdiccional, cuestiones cuya particularidad consiste en que, o no se puede o no se quiere, resolverlas en otros espacios del sistema político. A un estado que se devalúa y, simultáneamente, incrementa su complejidad, la cual se proyecta al plano del derecho. A un sistema jurídico que crece y cambia aceleradamente, por vías y fuentes muy variadas, poco homogéneas, y hasta de dudosa legitimidad; y que en esta constante renovación —por sustitución o derogación de leyes, decretos, resoluciones— acaba tornando inexistente la noción misma de sistema, y meramente retórica la apelación a principios generales y a categorías jurídicas básicas. A la aplicación multiplicada de normas derogadas, a la aparición de difíciles problemas acerca de qué tratos del ordenamiento son aplicables y cuáles han dejado de serlo, a interpretaciones contradictorias que suelen pasar desapercibidas, que conllevan, en un grado alarmante, discrecionalidad, arbitrariedad e

\* Conferencia pronunciada en el acto de apertura organizado por la Associação dos Magistrados do Trabalho do Paraná (AMATRA IX), Curitiba, Brasil, abril de 1999.

inequidad en las decisiones de los jueces. A una real “explosión de litigiosidad”, consecuencia, en buena medida, de la desatención, la postergación o el desconocimiento de necesidades sociales que padecen sectores, cada vez mayores de seres humanos, afectados en sus derechos y garantías más elementales, y a una legislación que se orienta, en muchos casos, sólo a suministrar soluciones de coyuntura, bajo la forma de una normatividad general, con pretensión de prescribir hacia el futuro. En esta situación muchísimos jueces aparecen definitivamente desbordados por las circunstancias, sin herramientas técnicas ni psicológicas para asumir a labor que se les impone. Son los jueces que se sienten responsables frente a la ciudadanía y se preguntan quiénes son, qué se espera de ellos.

¿No nos sucede a los jueces como a las mujeres que, mientras no se reconocían como agentes sociales y culturales, podían ignorar que su hacer modificaba y constituía la tierra que habitamos? Pues bien, ya no podemos afirmar que no sabemos lo que, en verdad, siempre supimos: que somos protagonistas del drama institucional. Este es el desafío que nos está específicamente dirigido.

Pero aceptar el desafío se vuelve muy traumático, entre otras cosas, porque tal como aparece ante los ojos de los propios jueces, el poder judicial no tiene historia. O mejor, lo mismo que la historia de las mujeres, la historia del poder judicial es una historia silenciada, en tanto que, como la de aquellas, nace de lo político y se liga estrechamente con el poder.

Zaffaroni señala que en América Latina no se planteó la cuestión judicial como problema del poder “...llegándose a borrar la memoria histórica de nuestros poderes judiciales. En nuestra región no hay historia judicial al menos si por tal entendemos la historia política... No obstante la clara dimensión de poder que tiene la cuestión judicial —aunque no se agote en ella— se ha borrado la memoria del mismo, con lo cual se hace imposible su comprensión porque no hay fenómeno del poder que resulte explicable si se ignora cómo se gesta. La pérdida de la memoria es uno de los más conocidos recursos para impedir la crítica y permitir la reincidencia de los mismos errores. Un Poder Judicial sin historia corresponde a la imagen desdibujada del juez que siempre ha querido proporcionarle el “establishment”, o sea, acéptico al que el poder le pasa sin rozarle, porque no lo protagoniza” (Zaffaroni, 1994).

Zaffaroni organiza su análisis de los jueces, como lo hace Collin al hablar de las mujeres, en torno al poder, a la historia y a la memoria. Descubre lo que habitualmente está omitido, sea en relación con las mujeres o con los jueces: los vínculos con el poder y las remisiones que las/los convierta en parte de la historia, y que preserven la memoria.

Un poder judicial sin historia y sin pasado, se compone de jueces de “imagen desdibujada” ante la sociedad y ante sí mismos; privados, entre muchas otros atributos, de la capacidad de reconocerse como parte del poder político del estado.

Jueces cuya vida, en tanto jueces, se limita a “repetir” mecánicamente, temerosos del apartamiento de lo ya hecho y lo ya dicho (recopilado, ordenado y

reiterado en los repertorios de jurisprudencia y en los anales de legislación); condenados a la represión de sus mejores posibilidades de imaginar otras formas de resolver los conflictos que llegan a su conocimiento; jueces puestos frente a nuevos problemas y a mayores compromisos, que en tiempos difíciles no saben de qué manera pueden ser distintos.

Jueces a los cuales, y no por casualidad, se les borra de la memoria que, en nuestro derecho, muchas innovaciones al orden jurídico (v.g. el recurso de amparo, el abuso de derecho, la teoría de la imprevisión, el recurso extraordinario por sentencia arbitraria), fueron reconocidas en las sentencias de los tribunales, antes que en la ley.

Jueces, en fin, sin conciencia del altísimo grado de politicidad de la labor que cumplen, que, sin embargo y aunque no lo quieran ni lo sepan, expresan en cada decisión la inescindible relación entre derecho y política.

No se me escapa, desde luego, que el descrédito y la desconfianza que, en grado creciente se percibe hacia el poder judicial, tiene mucho que ver con los niveles de corrupción y de subordinación de magistrados y funcionarios hacia el poder político. Y es cierto que muchos de nuestros colegas son cómplices o corruptos. Pero la magnitud y la gravedad institucional de este problema reside en que no se limita a tales personajes, sino que nos incluye a todos nosotros y, fundamentalmente, a la estructura en la que cumplimos nuestra función.

Los anónimos jueces cuyas vidas transcurren en sus despachos del tribunal, sin que su rostro o su nombre asomen nunca en las páginas del periódico o en las pantallas de la televisión, esa mayoría del Poder Judicial, es la que define a la institución, porque es la que con más fuerza ha sido marcada por ella.

Siempre hubo innovadores y disidentes en la justicia. Siempre hubo jueces que fueron “más allá” ejerciendo el poder que les era propio y asumiendo los riesgos consiguientes, riesgos que no fueron pocos en los países de América Latina. Todos ellos merecen un lugar en la historia, sin duda. Pero, lo que quiero subrayar es que la historia de la justicia es más extensa y menos luminosa que la que trazaron los innovadores y los disidentes.

Si queremos conformar un Poder Judicial distinto al que tenemos, si discutimos acerca de la necesidad de su reforma, de nuevos modos de seleccionar y capacitar a sus miembros, quizás sea bueno tener muy presente una advertencia de Collin, a quien vuelvo por última vez: “... cuando se retiene sólo, lo que fue eje de un cambio, se corre el riesgo de oscurecer gravemente la memoria que se pretende reavivar: la historia de las mujeres no es la historia de las feministas —de las que han luchado por la transformación de la condición de las mujeres— ni siquiera de las que, más en general, han llevado a cabo un cambio. Esa historia supone una distinción cuyo criterio es cuestionable, entre las nuestras de la fosa común y del mausoleo”.

Tampoco la historia del Poder Judicial es, únicamente, la historia de los que fueron más allá, de los que antepusieron la tutela irrestricta de los derechos

fundamentales y de las garantías, en lugar de someterse al gobierno de turno. Es una historia compleja, oscura y de la que muchos prefieren no hablar.

Construir una justicia diferente implica poner en marcha un largo y difícil proceso, en el cual habrá que comprometer a muchos haciéndolos partícipes en la transformación que se intenta, que es tanto como decir, "hacerlos otros" y develar, al mismo tiempo, esa historia atravesada de complicidades, de sombras y de miserias.

Hay que poner en crisis, pacientemente, la imagen idealizada del juez que decide "por encima de", "más allá de" intereses en pugna, contradicciones o valores opuestos. Deconstruir el estereotipo del "juez neutro". Y dotar de nuevos significados a expresiones como la "independencia judicial", la "supremacía de la ley" y el "Estado de derecho" (Zaffaroni, ob. cit.).

Se trata, en fin, de remover los obstáculos epistemológicos e ideológicos que desdibujan la politicidad del derecho y de la justicia. En el prólogo a "Ideología y Derecho", Carlos Cossio señaló con agudeza, cómo lo que hacen los jueces afecta a todos, y cuánto de lo que hacen permanece oculto, tanto para ellos como para los demás mortales "sujetados" por sus decisiones.

Siempre todos estamos implicados en lo que hacen los buenos y los malos jueces, "no tan sólo por lo que pudiera percibirse a primera vista, sino mucho más porque todos ellos, día a día y hora tras hora, hacen algo por las derechas o las izquierdas, y también por la democracia o el totalitarismo, al gravitar sobre la vida social en forma específica, como agentes del Derecho" (Cossio, 1963).

Ese aporte "lo realizan también con una eficacia no menor, los jueces..., que ignoran el alcance de sus tareas, porque el referido aporte siendo una cosa más vivida que pensada, está en función de la situación que defienden esos agentes del Derecho, situación forzosamente referida a las principales estructuras sociales" (Cossio, ob. cit.)

"Todo el mundo comprende, claro está, que los jueces de nuestro mundo nos conciernen directamente, al menos por la posibilidad de que cualquiera de nosotros necesite recurrir a su amparo alguna vez; y es obvio que para esta reflexión, aún siendo mínima, no es indiferente que los jueces sean buenos jueces o malos jueces, cabales o torpes". Pero, para el hombre de la calle, ya no es tan obvio que sus jueces les "conciernen", de la misma manera, aunque jamás sean actores, demandados, acusados o acusadores.

Tampoco los jueces —insisto— son conscientes de cuán significativa es su intervención en la vida social. Ni por formación, ni por el modo en que cumplen su tarea, les es fácil advertir que "la justicia, no es un valor inmutable; (que) la elección de una solución para una situación concreta, es la manifestación más o menos clara, de una cierta concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas o transformarlas ... cada vez que un juez dice 'fallo', su discurso 'constituye' cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella. ... en de-

finitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social específica que llamamos derecho ...(que)..., conlleva la carga legítima del poder que le es propia" (Ruiz, 1991).

La institución judicial, de modo altamente eficaz, elude el carácter social y político de la magistratura, en el discurso sobre sí misma que transmite y enseña a sus integrantes. De ahí que muchos jueces sirvan a fines e intereses que desconocen. Esta distancia entre lo que "creen que hacen" y lo que "hacen en realidad", tiene efectos terriblemente perversos en el afianzamiento de modelos democráticos de organización social y política. Y como es el producto de muchas décadas de prácticas autoritarias al interior del poder judicial, reemplazarlas exigirá no pocos esfuerzos.

## 2

En las democracias modernas la actividad creadora de los jueces, que se desarrolla a partir de la interpretación, es una actividad controlada por los principios positivos de naturaleza garantista que, en las sociedades actuales se encuentran consagrados constitucionalmente. Hay un tránsito del estado de derecho al estado constitucional, en el que las leyes se subordinan a los principios constitucionales y los jueces también.

"La sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera sea su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino a una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de su significado con la constitución, coherencia más o menos opinable" (Ferrajoli, 1995)

El juez está obligado a aplicar la ley, pero —está claro ahora— que esta obligación sólo se satisface cuando para decidir la aplicación de cualquier norma del ordenamiento, ese juez ha meditado previamente acerca de la adecuación de esa norma a la constitución. No se trata entonces de una "aplicación mecánica", sino del resultado de una lectura marcada por el conjunto de los principios constitucionales.

"El juez no podría (mejor sería decir no debería) considerar la ley en forma acrítica e incondicionada sino someterla a la jerarquía constitucional, garantizando así los derechos en ella consagrados. Allí radica, sustancialmente, el fundamento de legitimidad de la jurisdicción. Una legitimación no equiparable a la que proviene de la representación política, derivada de la voluntad mayoritaria, sino que concierne a la tutela de la intangibilidad de derechos fundamentales consagrados sobre los que se asienta la democracia sustancial". Precisamente —afirma Ferrajoli— por estar garantizados a todos y cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, a partir de la función atribuida a los jueces, es que éstos ostentan su propia participación democrática.

“Los principios constitucionales, tal como se los entiende en este contexto, son construcciones históricas incorporadas al Estado de Derecho y al funcionamiento de una sociedad democrática. Ninguna decisión, por mayoritaria que fuere, podría abrogarlos, salvo a través de los generalmente complejos procedimientos de reforma constitucional, que suponen amplia discusión y participación calificada de la ciudadanía.” (Cárcova, 1996). De aquí que el poder judicial sea un factor esencial de la viabilidad y supervivencia del pacto de sociabilidad que la constitución expresa.

Los jueces tenemos, pues, sobre nuestras espaldas la carga de sostener la vigencia irrestricta de los derechos fundamentales, pues no son otra cosa los principios constitucionales a los que estamos aludiendo. Y debemos cumplir con este deber, cada día, en cada acto concreto que realizamos, porque tales derechos no son valores inmutables ni transhistóricos. Son el resultado de largas luchas sociales, concreción del sueño de miles de hombres y mujeres de carne y hueso, que no merecen ser traicionados, y esperanza —aunque incompleta— para las generaciones por venir.

Productos humanos, como la democracia y la Constitución necesitan del esfuerzo, el compromiso y la atención constantes. No pueden ser descuidados ni postergados. Sabemos que no basta declararlos, y que tornarlos efectivos no es tarea sencilla. Pero si la magistratura asume la parte que le corresponde en esta empresa, estaremos más cerca de lograrlo.

Los jueces deberemos comprender que seremos más independientes cuanto más directa y manifiestamente nos involucremos en hacer de la constitución una parte sustancial de nuestra “cultura”, cuando asumamos, por fin, que “decir el derecho” y “resolver las causas” es tanto como aplicar, día tras día, las cláusulas constitucionales. Cuando aprendamos que el orden jurídico se lee desde la “constitución”, que cada ley, cada decreto, cada resolución sólo podrán utilizarse como marco para la decisión concreta, luego de haberlas sometido al test de constitucionalidad.

La supremacía de la constitución no es el resultado de ninguna operación lógica al interior de un sistema de normas, sino de su afirmación incansable como criterio último de interpretación y como principio legitimador de prácticas sociales.

“La concepción de la Constitución como ley suprema supone el reconocimiento de que su fuerza normativa reside en que se trata de un conjunto de reglas jurídicas superiores que han de ser interpre-

tadas y aplicadas según los procedimientos típicos del derecho. Una Constitución es una norma fundamental no sólo por la naturaleza de las prescripciones que contiene sino por la creencia de los individuos y de los grupos regidos por ella, en cuanto a su importancia y a la necesidad de que sea aplicada efectivamente. Son los órganos jurisdiccionales —y muy particularmente los tribunales constitucionales— aquéllos para los cuales la obligación de someterse a la Constitución adquiere una significación especial que caracteriza cada uno de los actos que realizan en el ejercicio de su competencia. Cuando un tribunal constitucional es instado a validar o a dictar decisiones interpretativas acerca de la legitimidad y legalidad de actos de otros poderes, debe actuar con extrema prudencia para preservar el equilibrio propio del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, con la energía, oportunidad y claridad necesarias para que todos los ciudadanos perciban que la supremacía de la Constitución no es una declaración sino una regla sustantiva básica. La interpretación constitucional debe hacerse siempre de modo que el conjunto de las normas constitucionales formen una unidad que obliga a contemplar cada una de sus cláusulas no como partes aisladas sino como elementos integrantes de una totalidad o sistema. Ante el problema concreto, la decisión jurídica que lo defina y resuelva presupone la comprensión de que al aplicar una cláusula constitucional se aplica la constitución toda. La argumentación, entonces, debe ser sistemática, teniendo en cuenta la realidad y, desde la perspectiva o desde el lugar del juez, como si con cada caso se estuviera creando un precedente. De ahí que un tribunal constitucional no puede eludir la consideración de la adecuación constitucional del acto que juzga y del propio acto jurisdiccional que realiza.” (Acordada Electoral N° 3 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 23/3/99).

## BIBLIOGRAFIA

- Cárcova, Carlos María, “Derecho, política y magistratura”, Babelos, 1996, Buenos Aires.
- Collin, Françoise, “Historia y memoria o la marca y la huella”, en “el género de la memoria”, compilado por Fina Birules, Ed. Pamela, Barcelona, 1992.
- Cossio, Carlos, “Ideología y derecho”, inédito, 1963.
- Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón”, Trotta, 1995, Madrid.
- Ruiz, Alicia, “Aspectos Ideológicos del discurso jurídico” en “Materiales para una Teoría Crítica del Derecho”, Abeledo-Perrot, 1991, Buenos Aires.

# APUNTES\*

## • La verdad es la verdad, dígala Agamenón... o Cardenal

Preguntado el Fiscal General del Estado, durante su última comparecencia parlamentaria, sobre si se muestra o no partidario de que los fiscales asuman las funciones —ahora judiciales— de investigación, señaló que los legisladores, de dar ese paso, deberían "tomar precauciones". En concreto, se remitió al acuerdo adoptado por el Consejo Fiscal en el sentido de que, en tal supuesto, tendría que garantizarse la independencia de la actuación del ministerio público.

En román paladino: el órgano de la acusación pública en su configuración actual carece de la independencia necesaria para actuar en régimen de exclusiva sujeción a la ley. Sobre todo en los asuntos de cierto espesor político. Cosa por demás obvia, con sólo preguntarse por las ocasiones en que esa instancia ha tomado la iniciativa en la persecución de hechos relacionados con sujetos públicos.

De manera extraordinariamente plástica, abunda en la misma idea una curiosa propuesta socialista presentada en el último debate sobre el estado de la nación. Consistía, nada menos, que en una reforma del Estatuto del Ministerio Fiscal destinada a impedir la intervención del Fiscal General del Estado en los procesos abiertos a aforados, con objeto de asegurar la efectividad de los principios de legalidad e imparcialidad.

Esta actuación se ha asociado a las vicisitudes del caso Piqué, pero, obviamente, cuando un grupo parlamentario decide dar un paso de semejante alcance, las razones han de ser estructurales y de fondo. Es decir, relacionadas con el vigente diseño orgánico del instituto concernido, con el sistema de nombramiento de quien ocupa su jefatura y con la experiencia del modelo vigente a lo largo de un periodo de tiempo suficientemente ilustrativo, (al que sería interesante aplicar el bíblico test de *la primera piedra*). Porque, en efecto, el tratamiento estatutario de una magistratura central del Estado no podría quedar al albur del juicio que merezca el que circunstancialmente la ocupa. Y, de otro lado, quien defiende una moción como la que se comenta es digno de la presunción de actuar con el grado de rigor y la perspectiva que demanda una función normativa de carácter general.

En la raíz de la propuesta comentada hay, seguramente, una reflexión crítica de más calado de la que pueda suscitar Jesús Cardenal en el primer partido de la oposición. El verdadero asunto está en que la organización vertical y la inserción política por el vértice de la fiscalía de nuestro país, presenta problemas de funcionalidad a los principios —el de legalidad, sobre todo—, a cuya garantía se encuentra institucional y formalmente adscrita la institución. Y esto no sólo en su cota más alta. Y tampoco exclu-

sivamente en la relación con los sujetos aforados, cuya su sola existencia como tales ya representa un problema.

En un sistema de legalidad que aspire al mínimo de coherencia interna, la ley —y no se diga la ley penal— no puede conocer excepciones y diferencias en su aplicación por razón de la posición de los sujetos afectados. Por eso, más que a iniciativas como la que se comenta, debería apuntarse a la supresión de esa reliquia del antiguo régimen que son los foros especiales, forma mucho más eficaz de evitar interferencias en la acción de la justicia.

Con todo, ya es algo que un sector relevante del arco parlamentario haya dado un paso en la necesaria puesta en cuestión de un aspecto esencial del actual modo de ser del ministerio público. De lo que —se insiste— hay que retener un dato importante en el que coinciden las apreciaciones del Fiscal General del Estado y el primer partido de la oposición: más que el comportamiento concreto de Jesús Cardenal en algún caso, lo que realmente cuenta es la constatación de que el Fiscal General del Estado se halla objetivamente en una posición estatutaria que le hace idóneo para ser cauce de criterios de *oportunidad*, y *modular* conforme a ellos, si fuera preciso, el curso de una causa.

Siendo así, la advertencia del propio Jesús Cardenal sobre la necesidad de "tomar precauciones" para garantizar la independencia de actuación del fiscal tiene vigencia actual y no habría que esperar a la posible reforma del régimen de la investigación criminal para tomar medidas.

De donde resulta que entre el diagnóstico de este último y la propuesta de reforma legislativa aludida, a pesar del antagonismo político de las posiciones de partida, existe la señalada coincidencia básica. Si el Fiscal con su actual estatuto no reúne condiciones para instruir de manera imparcial: ¿podría tenerlas para intervenir en actos previos y determinantes de que se instruya o no por determinados delitos? Si el Fiscal General del Estado no goza de la independencia necesaria para actuar en causas seguidas a aforados: ¿la tendría en tantos otros casos como pueden resultar afectados los mismos intereses? Porque una cosa es cierta, las pautas institucionales de actuación nunca responden a la lógica de los compartimentos estancos.

## • A vueltas con la motivación de los nombramientos (o 'en casa del herrero...')

En el número 38 de esta revista y en esta misma sección, nos ocupamos de una sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que resolvía un recurso contra el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial por el que se nombraba a un presidente de Audiencia Provincial. La impugnación reclamaba la declaración de nulidad del acto por total falta de motivación. La alta instancia jurisdiccional entendió que la denuncia no era atendible, debido a

\* Sección a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo y A. Jorge Barreiro.

que la política de nombramientos responde a razones de confianza, que son, por su propia naturaleza infiscalizables. Y, además, a que el carácter colegiado del órgano designante impone un modo de funcionamiento, a través de votaciones, que se compadece mal con la exigencia de motivar.

La misma sala ha vuelto a pronunciarse en un caso similar, éste relativo a la cobertura de una plaza en la Fiscalía del Tribunal Supremo. La sentencia, de 12 de diciembre de 2000, resuelve en el mismo sentido, aunque presenta respecto de la anterior alguna particularidad digna de consideración.

La tesis central es que en la materia constituida por esa clase de nombramientos “no hay un elenco de variados intereses públicos entre los que deba optarse, sino uno solo: el mejor desempeño de la plaza... y la única actuación legalmente autorizada al gobierno, para dar satisfacción a dicho interés, es la dirigida a elegir al candidato más adecuado para ese mejor desempeño. Ese ‘candidato más adecuado’ es, pues, el concepto jurídico indeterminado que define el único contenido posible de esa competencia de nombramiento que tiene atribuida el gobierno. Y, por tanto, la libertad reconocida al gobierno no es propiamente una manifestación de discrecionalidad administrativa, sino una habilitación para que desarrolle el margen de apreciación que resulta inevitable en la tarea de individualización de ese ‘candidato más adecuado’”.

Si a esta premisa se superpone “la mayor” de que el “concepto jurídico indeterminado” tiene como precondition la existencia de una única solución correcta posible, pues... no hay discrecionalidad. Entonces, en ese “margen de apreciación”: ¿qué hay?

Ocurre que el concepto jurídico indeterminado, en este caso “candidato más adecuado”, no opera por sí mismo, sino que remite a la existencia de un órgano legalmente habilitado para despejar el amplio halo de inconcreción que le circunda. La operación, como es bien sabido, consiste en un suerte de *des-carte* de candidatos, que lleva a atribuir aquella relevante calidad a uno sólo de ellos. Esto, en función de algún criterio.

Para la mejor teoría general del derecho hay discrecionalidad siempre que la norma a aplicar no predetermina enteramente el contenido de la decisión, es decir de la norma singular que debe derivarse de aquélla. Lo que ocurre, especialmente, cuando la norma general prescribe un fin y deja al aplicador la elección de los medios.

En el caso de la política de nombramientos, en efecto, el fin prescrito es, ciertamente, la designación del más idóneo. Y los medios podrían ser de una notable variedad. Así, la entrevista, el examen, la valoración de méritos profesionales, o los tres a la vez; pero también la lectura de las manos, el tarot, el sorteo. O la aplicación del parámetro de lo o del *políticamente correcto*, el de la parentela ideológica, o tantos otros.

Pues bien, parece fuera de duda que en una democracia constitucional esa clase de poderes deben ser administrados de forma que no exista duda acerca de la homología entre medios y fin. Además, en contextos altamente reglados e impregnados de prin-

cipios de notable espesor normativo, como es el caso, es necesario que la adhesión práctica a éstos se haga evidente en el procedimiento, en la *ratio decidendi* y, como consecuencia, en la decisión misma.

Mientras la selección del mejor *croupier* en un casino podría dejarse al azar, incluso sería *lo más natural*; y la del ayuda de cámara confiarse al libérrimo criterio o al capricho del que va a emplearlo; el nombramiento de quienes van a ocupar cargos públicos debe responder necesariamente a criterios objetivables dotados de la máxima transparencia y racionalidad.

Es curioso que en un contexto jurisdiccional se requiera motivación suficiente para la sentencia que decide un juicio de faltas y para la petición de condena en el mismo y, sin embargo, sea posible designar a los componentes del vértice jurisdiccional o del ministerio público con formas y criterios que están más cerca de la *política de gabinete* o de *sanedrín* que de las pautas decisionales que rigen idealmente la administración de justicia. “En casa del herrero...”

Se dice en la sentencia comentada que la tarea consistente en determinar el “candidato más adecuado” no está sujeta a la exigencia formal de motivación, pero sí a la observancia del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad. Lo que quiere decir, como se reconoce, que, en efecto, hay campo para que esta última juegue. Incluso cabría afirmar que todo el campo, vista la elasticidad, lejanía y futilidad de ese límite inasible. Convertido reflexiva y temerariamente en *límite de papel*, en ausencia de deber de motivar.

Motivar en buen derecho y con honestidad intelectual las decisiones es difícil, vaya si lo es. En cualquier campo. Interpretar conforme a tal parámetro de rigor muchos de los nombramientos producidos en el régimen de hermetismo y opacidad en que han discurrido los de estos años en ambas *carreras*, más que difícil, sería imposible. Por la radical ajenidad al derecho de algunas *razones* inspirados de puro hecho, cuyo espacio natural es el pasillo o la reunión de despacho, clandestina casi, no la mesa del pleno y el libro de actas.

La jurisdicción contenciosa debería abrirse más a la teoría general del derecho y al constitucionalismo, en una materia como ésta. Mientras que el Consejo General del Poder Judicial y su equivalente de la Fiscalía, tienen los mejores motivos para revisar alguna de las prácticas más deslegitimadoras de su —con tanta frecuencia— deslucida y desoladora actuación.

#### • Tribunales, tertullas, tonterías

Hace algún tiempo, una asidua a una tertulia radiofónica matinal de gran audiencia propuso, con sorna, dedicar algunos minutos de los sucesivos espacios a comentar la barbaridad judicial del día.

Es de agradecer el optimismo de la sugerencia, que suponía que, de tantos miles de actos que a diario llevan a cabo jueces y magistrados (a pesar de su tan traída y llevada falta de laboriosidad), sólo

se pudiera registrar uno que mereciese la consideración de desatino.

Claro que, bien pensado, trato tan misericordioso pudiera ser interesado. En realidad, si la propuesta se extendiera a lo que se lee y oye en un sólo día, en la sección de crónica de tribunales y noticias que tienen que ver con la Administración de Justicia, en publicaciones escritas y en tertulias como en la que surgió la brillante idea (y empezando por ésta), los que en ella intervienen tendrían posiblemente materia de comentario para meses.

La ignorancia que demuestran muchos de los profesionales de los medios de comunicación en sus opiniones sobre cuestiones judiciales (y algunos, para colmo, ¡presumen de haber conseguido una Licenciatura en Derecho!) sólo tiene parangón con la rotundidad (se podría adjetivar de "pontificia", pero el Papa hace uso de su magisterio muy de tarde en tarde) con que expresan sus opiniones.

Cuando se hace algún tímido reproche a este proceder, responden en su descargo, con extrañeza y enfado —como lo hacía, hace bien poco, un tertuliano radiofónico a quien una especialista en Derecho Fiscal había corregido, muy correctamente o por cierto, un inexacto comentario sobre las funciones del Tribunal de Cuentas— que los apremios de la actividad que se desarrolla en los medios de comunicación no permite gastar demasiado tiempo en recabar una información más completa y exacta. "¡No podíamos arriesgarnos a que nos *pisaran* la noticia...!", contestó con desparpajo un periodista de investigación cuando le censuraron la publicación, sin contraste de la veracidad de su contenido, de un reportaje erróneo, que casi había destrozado la vida de una pobre joven empleada de hogar, involucrada, para su horror, en un truculento suceso.

El problema es que cualquier noticia u opinión que se difunde en un medio de comunicación parece llevar el marchamo de su infalibilidad. El público toma como verdad indiscutible cuanto sabe por él; por eso el descubrimiento de las tertulias radiofónicas como foro de discusión informal y relajado no puede ocultar la extensión y la credulidad de su auditorio, que nada tiene que ver con el de la clásica tertulia de café.

Por lo demás, estas cosas parece que ocurran preferentemente en materias jurídicas y médicas. El dicho popular debería ampliarse: "de médico y de jurista, de poeta, santo y loco, todos tenemos un poco". Cómo se echa de menos el rigor y los aparentes conocimientos de los cronistas deportivos o taurinos y hasta de los gacetilleros de las secciones "*rosa*", que nunca se pondrían en manos de quienes no hayan acreditado previamente una formación e información a la altura de la trascendencia de tales asuntos.

Así se va incrementando la tradicional incultura jurídica de la Sociedad española. En interés de ésta, ¿sería tan difícil pedir un poco de humildad y de respeto hacia el público y sustituir por un "yo de esto no sé, y por consiguiente no creo prudente opinar" el habitual "yo de esto no sé, sin embargo voy a opinar"...?

Tal vez así se consiga que, cuando menos en cuestiones de Derecho, "tertulias" y "tonterías" no tengan en común más que la letra inicial.

Conseguir lo mismo entre "tonterías" y "tribunales" ya es otra historia.

#### • Suministrar heroína a los heroinómanos: a buenas horas

Lo que era una obviedad de puro sentido común y un tópico en medios de alguna sensibilidad a los graves problemas que genera la drogadicción, ha entrado en el circuito de las opciones practicables de algún sistema de salud. De manera que —entre nosotros— la posibilidad de administrar heroína a los adictos ha pasado, de ser parte de una propuesta más o menos marginal y provocadora, a integrarse en el discurso institucional. Nada de particular, si se piensa en que alguna administración conservadora había ya dado el paso consistente en instalar las llamadas *narcosalas*, para tratar de evitar, siquiera, alguno de los males mayores que acechan a quienes, como los *enganchados* a las *drogas duras*, no conocen males pequeños.

Habrà quien diga, con esa tan arraigada ibérica predisposición al consuelo, que "nunca es tarde si la dicha es buena". Pero no, porque es tarde, realmente tarde. Basta pensar que la heroína es una droga en retroceso, debido a que se ha llevado por delante a buena parte de sus usuarios. Lo que ha hecho que otros que podrían serlo hayan orientado sus pasos hacia sustancias *más seguras*.

Si la lógica de la represión penal estuviera verdaderamente inspirada en la búsqueda de la coherencia de los efectos reales con los fines proclamados, valdría la pena invitar a quienes efectivamente la diseñan a abrir una reflexión sobre lo sucedido en este caso. Es decir, sobre la tardía aceptación de la necesidad de rendirse a una evidencia que únicamente no lo habría sido para los que disponen de más y mejores medios de información.

Pero, no hay cuidado, quienes desde el centro del imperio diseñan la alta política universal de *lucha contra el narcotráfico*, y su peculiar *teoría del delito* están bien informados y saben perfectamente lo que quieren.