



# GRAND PLACE

PENSAMIENTO Y CULTURA  
PENTSAMENDUA ETA KULTURA

La justicia

Justizia



# GRAND PLACE

PENSAMIENTO Y CULTURA  
PENTSAMENDUA ETA KULTURA

**10 zk.**

2018 abendua



MARIO  
ONAINDIA  
FUNDAZIOA

Eusko Jaurlaritzako Hezkuntza eta Kultura Sailaren laguntza izan du aldizkari honek  
VITAL KUTXAren laguntza du aldizkari honek.

Grand Place

Mario Onaindia Fundazioaren aldizkaria / Revista de la Fundación Mario Onaindia

Zuzendaria/Director:

Felipe Juaristi

Erredakzio Kontseilua / Consejo de Redacción:

Luisa Etxenike, Iván Igartua, Belen Altuna, Fernando Golvano, Jon Sudupe, Jakes Agirrezabal,  
Gaizka Fernández Soldevilla, Eduardo García, Alberto López Basaguren, Antonio Rivera

Harremanetarako e-maila / e-mail de contacto

felipejuaristigaldos@gmail.com

Azala / Portada:

Josean Legorburu

Barneko irudiak / Ilustraciones:

José Ibarrola eta J. C. Aberasturi

Diego Íñiguezek koordinatu du zenbaki hau / Diego Íñiguez ha coordinado este número

Mario Onaindia Fundazioaren Helbidea / Dirección

Zuberoa kalea, 24 20800 Zarautz

© Artikulugileek, testuena / De los textos, los colaboradores

© José Ibarrolak eta J. C. Aberasturik irudiena

ISSN: 2386 - 429X

Legezko Gordailua: SS - 992/2014

Harpidetza / Suscripción

info@marioonaindiafundazioa.org

Maketazio eta inprenta lanak / Maquetación e impresión

Itxaropena, S.A.

Araba kalea, 45. 20800 Zarautz

itxaropena@itxaropena.net

# GRAND PLACE

PENSAMIENTO Y CULTURA  
PENTSAMENDUA ETA KULTURA



# SUMARIO / AURKIBIDEA

EDITORIAL / EDITORIALA .....	7
NORTE / IPARRA	
La justicia en el tiempo de la política del espectáculo <i>JUAN LUIS IBARRA ROBLES</i> .....	11
Sine iurisdictione nulla est democratia <i>PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ</i> .....	19
La comunidad y el derecho <i>JOSÉ M<sup>a</sup> RUIZ SOROA</i> .....	29
Siete tesis sobre el activismo judicial <i>MANUEL ATIENZA</i> .....	39
En el corazón de Europa: la independencia del poder judicial <i>PALOMA BIGLINO CAMPOS</i> .....	49
Cuando la justicia no la deciden los jueces: las formas no judiciales de resolución de conflictos <i>LOURDES ARASTEY</i> .....	57
Ingeniería constitucional y cultura política en el gobierno judicial <i>DIEGO ÍÑIGUEZ</i> .....	61
La indemnización por prisión provisional indebida: una cuestión abierta y difícil <i>EDORTA COBREROS MENDAZONA</i> .....	75
¿Qué ha sido del nuevo modelo de organización de la administración de justicia? ¿Tiene solución la justicia? <i>BEGOÑA BASARRATE Y OTRAS</i> .....	87
Izquierda y derecha ante la justicia penal <i>JOSE LUIS RAMÍREZ</i> .....	97
El largo camino hacia la igualdad en la carrera judicial <i>MAR SERNA CALVO</i> .....	107
Perspectiva de género. La (r)evolución de la justicia <i>LUCÍA AVILÉS PALACIOS</i> .....	115
La interpretación constitucional: transcendencia y singularidades <i>FERNANDO VALDÉS</i> .....	123

OESTE / MENDEBALDEA

Escritores vascos

*JORGE G. ARANGUREN* ..... 133

Reconocimiento a los resistentes y a sus familias

*GLORIA VÁZQUEZ* ..... 143

ESTE / EKIALDEA

Once poemas de amor a San Sebastián / Hamaika maitasun poema Donostiari

*PABLO MARTÍN-LABORDA* ..... 149

SUR / HEGOA

Sobre exilios

*MARÍA PILAR RODRÍGUEZ* ..... 161

JUAN KRUZ IGERABIDERI GALDERAK

*FELIPE JUARISTI* ..... 165

COLABORADORES / PARTE HARTU DUTE ..... 171

# EDITORIAL / EDITORIALA

Existen muchos tópicos sobre la justicia que, como todo tópico, encierran alguna verdad que otra, porque es uno de los poderes pilares del Estado, junto al legislativo y al ejecutivo. Montesquieu, filósofo y moralista, escribió textos admirables sobre las verdades de la justicia. Fue él quien, en el plano teórico, impuso límites a las acciones de los tres poderes, de tal manera que no interfirieran entre sí, y actuaran de manera armoniosa. Fue él quien comenzó a diferenciar la ley de la justicia.

El mundo ahora es más complejo, ciertamente, y el tema de la justicia tiene muchas aristas y muchas vertientes, porque nuevas necesidades se han sumado a las interiores, sin, por ello, superarlas. Hay una razón que impulsa el mundo, con todos sus seres, a la existencia, y hay leyes que definen el movimiento de las cosas. Hay leyes para gobernar los Estados, y hay leyes para gobernar a los hombres y mujeres que habitamos la sociedad. En este número de Grand Place queremos abordar el tema de la justicia, no desde todos los aspectos, sino de los más sobresalientes.

Justiziari buruz topiko asko esaten dira eta, badakigu, topiko batek egiaren iturritik edaten duela gezurrarenetik bezainbeste. Izan ere, botere oinarrizkoa dugu Estatuan, legegilearekin eta betearazlearekin batera. Montesquieuk, filosofo eta moralista izaki, testu gogoangarriak idatzi zituen justiziaren egiaz. Bera izan zen, maila teorikoan, hiru botereen jokaerari mugak ezarri zizkiona, ez zezaten elkar jo, bizi zitezen arrimu onean. Bera izan zen legea eta justizia biak bereizten hasi zena.

Mundua, gaur egun, konplexuagoa da, egia da, eta justiziaren gaiak adar asko ditu eta are koxka gehiago, beharizan berriak gehitu baitzaizkie zaharrei, beraiek erabat gainditzeke. Bada arrazoi bat mundua aurrera bultzatzen duena, izaki guztiakin batera bizitzera. Eta badira legeak gauzen mugimendua zehazten dutenak. Badira legeak Estatuak arautzeko, eta legeak ere bai gizartean bizi garen gizon-emakumeok gobernatzeko. Grand Placeren zenbaki honetan justiziaren gaia jorratu nahi dugu, ez alderdi guztietatik begiraturik, nagusi direnetik baizik.





EL PAIS 107

NORTE  
IPARRA



# LA JUSTICIA EN EL TIEMPO DE LA POLÍTICA DEL ESPECTÁCULO<sup>1</sup>

JUAN LUIS IBARRA ROBLES

## I. La política del espectáculo en el origen de la desconfianza de la sociedad en sus jueces

El avance de la desconfianza de la ciudadanía en la Justicia define la mayor preocupación que aqueja en la actualidad a quienes integramos el poder judicial en España. Así se refleja en el documento *“Propuestas para la mejora de la Justicia”* suscrito por las cuatro asociaciones judiciales el 16 de junio de 2017 y ratificado por el voto de la práctica totalidad de las Juntas de Jueces de los 431 partidos judiciales de España. Las catorce medidas incluidas en el documento definen el contenido de las reclamaciones colectivas protagonizadas en los últimos dieciocho meses por la judicatura y la fiscalía, la última de ellas el pasado 19 de noviembre. El primer paquete de medidas reclamado por la judicatura se dirige, de manera constante, a las Cortes Generales en interés de que se aborden medidas que refuercen la eficacia de las garantías estructurales de la independencia judicial en orden a modificar su actual percepción social. Este es el presupuesto nuclear para avanzar en la recuperación de la confianza de nuestra sociedad en sus jueces.

La particularidad más endiablada de este reto en pos del restablecimiento de la confianza en la Justicia viene definida por la posición no directa sino refleja que ocupa el gran grueso de las juezas y jueces respecto de las causas que alimentan esa percepción de contaminación política del poder judicial en España.

Porque lo cierto es que los hechos, siempre expresados en clave mediática, que abonan la crisis en la confianza social en la Justicia no guardan relación directa con el ejercicio cotidiano de la potestad jurisdiccional por parte de un abrumador porcentaje de los 5.507 juezas y jueces que integramos la carrera judicial; tampoco tienen su origen en un número no menos abrumador de la gran masa de los 2.370.000 litigios que anualmente se tramitan en nuestros juzgados y tribunales.

A partir de esta realidad, resulta urgente centrar la actuación sobre tres de las áreas en las que realmente se juega, hoy, el estado de situación de la confianza de la ciudadanía en la Administración de Justicia. Las dos primeras áreas tienen ya un nombre acuñado por los medios de comunicación social.

Me refiero a la “judicialización de la vida política” y a la “politización de la Justicia”. He querido referir el tercero de los ámbitos al País Vasco aunque su mayor desarrollo se haya alcanzado en la Comunidad Autónoma de Cataluña: se trata de la incidencia en la deslegitimación social del poder judicial producida por los discursos políticos asociados al ejercicio del sedicente “derecho a decidir”; singularmente, en la medida en la que la supeditación del principio del imperio de ley a fórmulas más o menos intensas de *decisionismo político* resulta por completo incompatible con la forma de legitimidad democrática conferida al poder judicial por el Estado constitucional de Derecho.

## II. La “judicialización de la vida política”

Nos indica el diccionario de la lengua que se entiende por *judicializar* la acción de “llevar por vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente política”.

Ran Hirschl engloba en la noción de *judicialización* –que, advierte, es uno de los fenómenos de gobernanza “más significativos” de fines del siglo XX y principios del XXI– tres procesos inter-relacionados:

- en primer lugar, el proceso de expansión de lo regulado por el derecho hasta alcanzar “virtualmente todos los ámbitos de la vida moderna”.
- en segundo lugar, el proceso de ampliación del ámbito sobre el que recae la tutela jurisdiccional. Esta ampliación es consecuente con la dotación de contenido normativo y subsiguiente fuerza vinculante a la

Constitución y, en particular, a su catálogo de derechos fundamentales, entendido como un “orden axiológico objetivo” que vincula al juez en la interpretación y aplicación del derecho.

- el tercer proceso se refiere a la atribución al poder judicial del enjuiciamiento de una clase de controversias –que Hirschl sitúa en la esfera de la *megapolítica*– caracterizadas por referirse a conflictos en los que se dilucidan cuestiones que se presentan como centrales en la vida social, económica o política porque definen y, a menudo, expresan divisiones profundas en el seno de la comunidad.

La formulación, en clave de conflictos jurídicos, de intereses contrapuestos dotados de un alto grado de politicidad integra un fenómeno común a todas las democracias occidentales. Tenemos buenas razones para pensar que ha venido para quedarse.

En estas situaciones el juez o tribunal está obligado a juzgar, no puede dejar sin resolver el litigio que se somete a su decisión. También, cuando el acercamiento cognoscitivo a los hechos en que se fundan las pretensiones procesales requiera recurrir a la aplicación de principios sociales o económicos normativamente señalados como rectores de las políticas públicas. Unos principios cuya definición se atribuye a los poderes legislativo y ejecutivo, dentro de un marco delimitado por el constituyente que es el que atribuye al juez el control.

En un mundo de relaciones políticas gravemente contaminado por lo que Guy Debord (1967) calificó como *la sociedad del*

*espectáculo*, el enjuiciamiento de controversias referidas al ámbito de la *megapolítica* despierta un inexorable interés mediático. En este contexto, la decisiva participación de los medios de comunicación en la efectividad de la garantía constitucional de la publicidad de las resoluciones judiciales contribuye al desarrollo incontrolable de un fenómeno secundario.

Me refiero a la sobredifusión, con incidencia en la opinión pública, de las posiciones más extremas y, a menudo, menos fundadas en el argumento jurídico, cuando no estrictamente ancladas en prejuicios emocionales y en procesos de intenciones. La incidencia social de estas posiciones aún se refuerza debido a la estructura estrictamente adversarial de los procesos judiciales en los que, necesariamente se ventilan pretensiones de suma cero: culpable/inocente, estimación/desestimación, conformidad/disconformidad a derecho...

El enjuiciamiento jurídico de las controversias que afectan a la *megapolítica* puede y debe contribuir a la realización del principio de paz jurídica en el que se sustenta el contrato social y se construyen, cotidianamente, las bases de la convivencia democrática. Pero este desideratum no resulta posible si, previamente, el tratamiento mediático convertido en discurso social ha socavado la legitimidad democrática del juez o tribunal llamado a juzgar.

Dicho de manera más precisa, la producción de legitimación social en el enjuiciamiento de los litigios de la *megapolítica* requiere concertar dos compromisos indeclinables. Me refiero al firme compromiso y la subsiguiente asunción de responsabilidad por parte de nuestros jueces en hacer reales

y efectivas las garantías propias del derecho a un proceso justo; y, por parte de los demás poderes que integran nuestro sistema político, a la correlativa asunción del compromiso, sincero y sin reticencias, de trasladar a la ciudadanía el mensaje de que la confianza en la actuación de la Justicia es un presupuesto y no un resultado de la calidad de nuestra democracia.

### **III. La “politización de la Justicia”**

En este otoño de 2018 hemos asistido con estupefacción a dos episodios que podríamos calificar de canónicos sobre la comprensión mediática y social del fenómeno de la “politización de la Justicia”. El primero atinente al descarnado conocimiento a través de la prensa de las negociaciones entre el Gobierno y el principal partido de la oposición seguidas para determinar, por la estricta vía de los acuerdos políticos, la elección parlamentaria de los vocales y del Presidente del CGPJ. El mensaje percibido desde la sociedad es el de la existencia de una auto-atribución partidista de la selección de los jueces y juristas llamados a integrar el Consejo General del Poder Judicial, incluido el correspondiente al cargo de Presidente del Tribunal Supremo. Esta percepción social de una injerencia descarnada de otros poderes en la independencia del poder judicial se repite a raíz de la actuación del Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo por la que se convoca de urgencia al Pleno de la Sala, con fundamento expreso en la “enorme repercusión económica y social” producidas por la jurisprudencia establecida días antes por una de sus Secciones especializadas; lo

que permitió conjeturar que había sido la injerencia del poder económico la que determinó la posterior revisión del criterio jurisprudencial de atribución a las entidades financieras prestatarias de la condición de sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados.

Las cuestiones de fondo que subyacen en ambos episodios se corresponden de manera muy directa con las que vienen siendo examinadas en el procedimiento seguido por el Grupo de Estados contra la corrupción (GRECO) en la Cuarta Ronda de Evaluación de España. Esta Ronda viene desarrollándose desde el año 2013 y en ella el GRECO nos ofrece unas acotaciones muy precisas sobre las causas asociada a la noción de la “politización de la Justicia” que determinan el avance en la deslegitimación social de la Justicia en España.

Recordemos brevemente que el GRECO fue creado como órgano del Consejo de Europa el 1 de mayo de 1999. Está integrado por sus cuarenta y siete miembros, además de por Bielorusia y Estados Unidos y su objeto estatutario es “...mejorar la capacidad de sus miembros de luchar contra la corrupción, velando por la aplicación de los compromisos tomados en este ámbito, mediante un proceso dinámico evaluador y de presión mutuos”.

La Cuarta Ronda de Evaluación del GRECO, aún no concluida, va dirigida a la prevención de la corrupción de los parlamentarios, los jueces y los fiscales. Las Rondas se refieren a áreas concretas que, hecho o en potencia, identifican o previenen sobre focos de corrupción. La denominación de “Rondas” hace referencia a la estructura del procedimiento que comprende sucesivamen-

te las fases de evaluación y control de cumplimiento.

Situados en el concreto ámbito de la prevención de la corrupción de los jueces, el GRECO ha emitido respecto de España tres informes: un primer Informe de Evaluación de Estado que se aprobó en la reunión plenaria del 2 al 6 de diciembre de 2013; y dos informes de Resultados emitidos en las sesiones plenarias del 27 junio al 7 de julio de 2016 y del 4 al 8 de diciembre de 2017.

El apartado VI del Informe de Evaluación de Estado sobre España, fechado el 6 de diciembre de 2016, incluye cuatro recomendaciones para mejorar la capacidad de la judicatura en la lucha contra la corrupción. La apreciación sobre la “politización de la Justicia” aparece en el núcleo central de las apreciaciones que fundamentan las dos primeras recomendaciones en las que se reclama de España: a) la realización de una evaluación del marco legislativo que rige el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y de sus efectos sobre la independencia de este órgano frente a cualquier influencia indebida, real y aparente, con objeto de corregir cualquier deficiencia que se detecte (párrafo 80); y b) el establecimiento por el legislador de los criterios objetivos y los requisitos de evaluación para el nombramiento de altos cargos en la judicatura (presidentes de las Audiencias Provinciales, de los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y de todos los miembros del Tribunal Supremo) con el fin de garantizar que estos nombramientos no pongan en tela de juicio la independencia, imparcialidad y transparencia de este proceso (párrafo 89).

Respecto de la primera recomendación, el Informe de Evaluación sustenta su razonamiento en la percepción social del Consejo General del Poder Judicial como una estructura rectora sujeta a la influencia política que, en esa medida, produce un impacto inmediato y negativo sobre la confianza pública en la Justicia:

“80. ...dado el papel que el CGPJ (Consejo General del Poder Judicial) desempeña en la toma de decisiones sobre áreas vitales de la judicatura, incluyendo los nombramientos, la promoción, inspección y disciplina relativa a los jueces, resulta crucial que este órgano no sólo sea libre sino que se vea también libre de toda influencia política. Cuando las estructuras rectoras del Poder Judicial no se consideran imparciales e independientes, se produce un impacto inmediato y negativo sobre la prevención de la corrupción y sobre la confianza pública en la justicia y eficacia del ordenamiento jurídico del país...”.

Esta misma premisa referida al riesgo de influencia indebida, real o aparente, de la política sobre la actuación del CGPJ se invoca, también, como fundamento de la recomendación segunda relativa a la adopción legal de criterios objetivos y requisitos preestablecidos de evaluación para el nombramiento de los altos cargos de la judicatura:

“89. ...todas las decisiones sobre el nombramiento y la carrera profesional deben basarse en criterios objetivos; los consejos del poder judicial deberán demostrar un altísimo grado de transparencia. El EEG (Equipo de Evaluación del GRECO) tiene dificultad para reconciliar tales normas con la “discrecionalidad” en cuanto a la evaluación de los méritos y la cualificación profesional que la

ley otorga al CGPJ para el nombramiento de jueces de rango superior.

“...Cuando la promoción no se basa en la antigüedad sino en los méritos y aptitudes, estos deben definirse claramente y evaluarse de forma objetiva. En opinión del EEG, la promoción de los jueces es un tema muy importante para dar confianza a los ciudadanos sobre la justicia y transparencia de los procesos judiciales. Deberá disiparse cualquier sospecha de influencia indebida en la promoción de jueces a altos cargos...”.

Los informes de evaluación emitidos rendidos en las sesiones plenarios del GRECO celebradas del 27 junio al 7 de julio de 2016 y del 4 al 8 de diciembre de 2017, nos indican que, en relación con el poder judicial, el reino de España ha procedido, exclusivamente, al cumplimiento parcial de la recomendación referida a la aprobación de un Código Deontológico para la carrera judicial, que sea de conocimiento público. El informe toma nota de la aprobación por el Consejo General del Poder Judicial, en la sesión plenaria correspondiente al 20 de diciembre de 2016, del documento denominado “Principios de ética judicial” en el que se recogen los valores y reglas de conducta compartidos por la judicatura española sobre independencia judicial, imparcialidad, integridad, cortesía, diligencia y transparencia; así mismo, el documento contempla la constitución de una Comisión de Ética Judicial compuesta por seis miembros judiciales elegidos directamente, con mandato cuatrienal, por todos los integrantes de la Carrera que se encuentren en servicio activo y por un miembro no judicial designado por su reconocido prestigio y acreditada trayectoria en el mundo académ-

mico de la Ética, la Filosofía del Derecho o la Filosofía Moral.

Respecto a las tres restantes recomendaciones, el equipo de Evaluación GRECO concluye que las mismas no han sido cumplidas. En cuanto a las repercusiones de la vigente regulación del CGPJ sobre la independencia judicial, "...reitera su posición en torno a la necesidad de que las autoridades políticas no intervengan en ningún estadio del proceso de selección de los miembros de la judicatura. Ello es necesario no solo para remediar las críticas vertidas actualmente en el mismo seno de la carrera judicial, sino también para fortalecer la confianza de los ciudadanos en el sistema judicial en su conjunto". No mejor suerte corre la recomendación sobre regulación de criterios objetivos para los nombramientos de altos cargos judiciales y transparencia del procedimiento de selección que el GRECO constata plenamente incumplida.

El apartado de conclusiones recoge la apreciación del GRECO por la que se subraya "...que no existe ninguna duda acerca de la gran calidad de la justicia en España y sobre el Ministerio Fiscal, ni sobre la fortaleza del espíritu de servicio público de jueces y fiscales a título individual".

Esta es la realidad que alimenta el fenómeno de la "politización de la Justicia" que está gravando la generación de confianza de la sociedad en sus jueces: el ámbito de desarrollo de las situaciones, reales o aparentes, que se perciben como expresivas de la "politización de la Justicia" está abrumadoramente vinculado a la actuación de quienes integran la estructura de gobierno del poder judicial.

#### **IV. Incidencia negativa del discurso sobre el "derecho a decidir" en la legitimación social del poder judicial en Euskadi**

Finalmente, el deber ético de alertar sobre los peligros de afección al desenvolvimiento del Estado constitucional de Derecho y a las garantías de las libertades fundamentales que comporta el desempeño del cargo de representante ordinario del poder judicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco me lleva a señalar la relación entre la legitimación social del poder judicial y el objetivo de la renovación del Estatuto de Gernika. En concreto, esta alerta se refiere a la conjugación entre el principio de legalidad, el principio democrático y el llamado "derecho a decidir" que luce en la Ponencia para la actualización del autogobierno de Euskadi aprobada por el Parlamento Vasco.

La propuesta equipara el principio democrático, del que extrae el valor relevante y primario de las decisiones refrendarias, con "(L)a voluntad popular como único límite de las decisiones políticas". Siguiéndose de lo anterior, a juicio de los proponentes, que "(E)l principio de legalidad no será límite para el despliegue del principio democrático...". Como resultado de esta concepción, la Ponencia sitúa la fuente "del nuevo haber competencial" en la decisión política y no en la Constitución. De lo que habrían de seguirse las dos consecuencias que motivan esta reflexión: la atribución a la mayoría política en el Parlamento de Vitoria-Gasteiz de la competencia para hacer efectiva la diferenciación entre los ciudadanos vascos y quienes accedan a la nacionalidad vasca. Y, así mismo, la autoatribución competen-

cial, extramuros de la Constitución, de la creación *ex novo* “de las instituciones del Poder Judicial de Euskadi”.

No resulta preciso subrayar que la legitimidad del poder judicial que represento se residencia en la decisión del poder constituyente que la vincula al exclusivo y excluyente sometimiento de los jueces y tribunales al imperio de la ley: a la Constitución con vinculación más fuerte que el resto del ordenamiento jurídico. Porque, como nos advierte Gaetano Azzaritti, si la Constitución perdiera su capacidad de sujetar al resto de los poderes, los poderes desvinculados de ella podrían perseguir libremente sus propios intereses y la democracia acabaría por desfigurarse.

En esa misma medida, la invocación de un “derecho a decidir” de la ciudadanía como fuente extraconstitucional primaria y limitante del principio de legalidad resulta incompatible, de raíz, con el elemento constitutivo del poder judicial.

Las afirmaciones autorreferenciales dirigidas a legitimar decisiones unilaterales con ese fundamento insuficiente tienen antecedentes, radicalmente desacreditados, en la historia europea del siglo XX: en planteamientos que sostuvieron la primacía del hecho existencial inmediato sobre cualquier normatividad previa.

Es precisamente la aplicación del *poder normativo de lo fáctico* a las relaciones entre los Estados o entre el Estado y los fragmentos territoriales de Estado, la que definió la teoría del poder y del conflicto recogida en la reedición de 1932 de la obra central de Carl Schmitt, *El concepto de lo político*. En ella, en un directo ataque a la democracia parlamentaria, se defiende la legitimidad de un orden supuestamente sustentado en la voluntad del pueblo que se alce más allá del ordenamiento jurídico.

Los europeos sabemos que la relegación del imperio de la ley como delimitador del ámbito de lo jurídicamente indecible por los poderes constituidos y su sustitución por cualquier forma, aún la más atenuada, de *decisionismo político*, nos aleja, no solo de la tradición normativista kantiana, sino, sobre todo, del camino al que se comprometieron los aliados en el Tratado de Londres de 1949. Un compromiso que reconocía y ponía en valor el patrimonio común europeo de ideales y principios sobre los que encauzar el progreso económico y social al servicio de tres grandes objetivos: el pleno restablecimiento del Estado constitucional de Derecho, la consolidación de la democracia liberal y la eficaz salvaguarda de los Derechos Humanos y Libertades Públicas.

## NOTA

<sup>1</sup> Se recogen en las partes II y IV de este trabajo las reflexiones incluidas en el discurso del Presidente del Tribunal Superior de justicia del País Vasco en la recepción celebrada el 14 de noviembre de 2018 en el palacio de justicia de Bilbao, con ocasión de la apertura del año judicial 2018/2019.



# SINE IURISDICTIONE NULLA EST DEMOCRATIA

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

Cabe que el título que encabeza este texto –y más, si solemnizado en latín– sugiera la existencia en su autor de algún ánimo de provocación. Pero entiendo que la atribución de semejante propósito sólo sería plausible, en el caso de que aquél tuviese como referente un modo de ser y de relación entre los dos polos del par, jurisdicción y democracia, que no fuera el prescrito por los textos fundamentales que hoy rigen en países como el nuestro, en cuyo marco, entiendo, la afirmación es del todo pertinente, incluso obvia.

En el estado liberal de derecho, prácticamente a lo largo de todo su desarrollo, la administración de justicia fue apenas una articulación burocrática, políticamente compacta, una más entre las integrantes del aparato estatal. Con algunas particularidades diferenciales, pero carentes de trascendencia en lo sustancial, pues nunca representaron un obstáculo para su eficaz integración subordinada bajo la disciplina del ejecutivo<sup>1</sup>. Esto, por el cauce de un diseño, el napoleónico<sup>2</sup>, que, a partir de un proceso de selección inicial muy condicionado políticamente, organizó a los jueces

en un entramado piramidal, férreamente jerarquizado, gobernado por un vértice judicial directamente integrado en los medios del poder en acto, con el efecto de una práctica anulación de la capacidad de independencia en la aplicación del derecho y la resolución de las causas.

Tal modo de articulación judicial es, originalmente, la que corresponde a un sistema, el propio del “estado monoclasa”<sup>3</sup>, en el que la inmensa mayoría social, con sus intereses y expectativas, estaba rigurosamente expulsada del ordenamiento jurídico-político y de sus instituciones. La situación sólo comenzaría a evolucionar, lentísimamente, con la introducción del sufragio universal. En una dinámica nunca lineal, con más retrocesos que avances, que llega hasta nosotros, sin haber dejado nunca el campo.

En semejante contexto, la relación juez/democracia fue siempre inexistente o negativa, pues los valores que ésta implica resultaron totalmente ajenos a la judicatura, tanto en el plano orgánico como en el cultural. Algo lógico, ya que la institución estaba pensada, básicamente, para ejercer tareas

de control social y prestar el servicio político consistente en frenar, incluso criminalizar, la amplia gama de conductas que, en marcos democráticos normalizados, constituyen hoy el ejercicio de los derechos básicos. Tanto que, históricamente, el desarrollo y afianzamiento de estos debió producirse en pugna con criterios jurisprudenciales siempre reductivos en la materia<sup>4</sup>.

El (anti)modelo de referencia, puede decirse, tuvo su momento de la verdad en las experiencias nazi-fascistas que en su día asolaron el continente europeo: cuando (con excepciones apenas individuales) las magistraturas de los países implicados siguieron a los propios estados en su involución autoritaria, hasta integrarse, de la forma más funcional, en sus proyectos, no simplemente dictatoriales, sino directamente criminales. Andando el tiempo, se registraría un fenómeno similar en el caso de dictaduras tan emblemáticas como la chilena de Pinochet o la de los militares argentinos.

Luego, se dio la circunstancia de que la compacidad ideológica y la consistente homogeneidad política, contribuyeron a dotar a las burocracias judiciales así constituidas de una consistente estabilidad e impermeabilidad a los cambios de signo progresivo. La prueba está en lo sucedido en las distintas transiciones democráticas producidas en situaciones de continuidad institucional, que, por lo general, han conocido conflictos de distinta intensidad, debidos a la resistencia activa y militante de las correspondientes magistraturas o de connotados sectores de las mismas, a aceptar y aplicar las nuevas legalidades de inspiración constitucional avanzada<sup>5</sup>.

De las vicisitudes aludidas (la alemana y la italiana, en particular) se sigue una evidencia: que la democracia representativa de corte liberal, su ordenamiento y sus instituciones, carecían de aptitud suficiente para garantizar la calidad de la democracia misma y la bondad de los resultados de la política. Evidencia que daría lugar a una riquísima reflexión en marcos como el de la Asamblea Constituyente que alumbró la vigente Constitución italiana. Allí se hizo patente que el tipo de estado al que se viene aludiendo no superaba el *test* del artículo 16 la Declaración de Derechos de 1789: "*Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución*"<sup>6</sup>. Y es que, como había anticipado lúcidamente Constant, "*la limitación abstracta de la soberanía no basta*"<sup>7</sup>; o dicho con Siéyes: "*una Constitución, o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada*"<sup>8</sup>. Pues, en efecto, cuando la Constitución, en materia de derechos, que es como decir de límites al poder, se reduce a una declaración de intenciones, y, por ello, la garantía jurídica opera solamente *en el papel*, acaba por afirmarse inexorablemente la total autonomía de la política. Y, a estas alturas, hay buena constancia empírica acerca de que ésta, librada exclusivamente a su propia dinámica, es incapaz de controlarse a sí misma.

Por eso, en aquel momento fundacional del más moderno constitucionalismo, expresivo de un auténtico "*¡nunca más!*" frente a los horrores del pasado próximo, se dirigió la mirada hacia el derecho, visto en una nueva perspectiva: la de los derechos fundamentales ocupando el vértice de

la kelseniana pirámide, con jurídica vocación de efectividad. Lo que, dicho expresivamente por Ferrajoli, equivalía a *"injerter una dimensión sustancial no sólo en el derecho sino también en la democracia"*<sup>9</sup>. Por la razón elemental de que, en palabras de Häberle, *"es a través del ejercicio individual de los derechos fundamentales, [como] se realiza un proceso de libertad que constituye un elemento esencial de la democracia"*<sup>10</sup>, de otro modo inexistente como tal. Y es por lo que Krüger pudo escribir con acierto que *"[antes] los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley [pero hoy] las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales"*<sup>11</sup>. En rigor, las leyes, las prácticas institucionales y las de los actores políticos en general; pues, de otro modo: ¿para qué? y, sobre todo, ¿para quién?: unas y otras.

Como es sabido, en coherencia con este planteamiento de base y a fin de proveer a los derechos fundamentales de una garantía eficaz, la Constitución italiana dio un paso de extraordinaria relevancia en el tratamiento del –ahora sí– "poder judicial", concretado en la decidida consagración normativa del principio de independencia en sus dos vertientes, externa e interna. Lo primero, para extraer la gestión del estatuto del juez de la disciplina del ejecutivo, dotándola de un inédito soporte, el *Consiglio Superiore della Magistratura*<sup>12</sup> órgano de integración mixta; al tiempo que se hacía del ministerio público una instancia independiente. Lo segundo, mediante la introducción en el texto fundamental de un precepto de alcance ciertamente revolucionario en el plano organizativo: *"Los magistrados se distinguen entre sí solamente por*

*la diversidad de funciones"* (art. 107,3), que llevaría, en su desarrollo, a la abolición de la vieja carrera, histórico instrumento de gobierno (político), destinado a hacer, dentro de ésta, de la jerarquía, una verdadera *longa* (o *brevi*) *manu* del poder ejecutivo.

En el caso de España, por razones bien conocidas, que aquí no cabe analizar<sup>13</sup>, el Consejo General del Poder Judicial –esa institución partitocráticamente devastada– no ha desempeñado la función de garante de la independencia que normativamente le correspondía, ni ha contribuido a promover entre los profesionales de la justicia los valores constitucionales de ésta<sup>14</sup>. Pero, con todo, la extracción del *gobierno* de la magistratura del marco propiamente jurisdiccional y el hecho de que el estatuto del juez está entre nosotros legalmente garantizado, en términos razonables, han posibilitado un apreciable desarrollo de la dialéctica democracia política/administración de justicia propia del tipo estatal de referencia. Siempre, con las carencias inevitables, debidas a cierto endémico déficit de cultura institucional y a la incalificable "dimisión" de su papel constitucional del órgano de garantía.

La notable ampliación del área de la legalidad implícita en las aludidas transformaciones conllevaría un importante crecimiento del campo de lo "justiciable" y, en consecuencia, también un reforzamiento del rol de la jurisdicción, investida ahora de la responsabilidad de valorar, en toda clase de procesos, la constitucionalidad de la ley, antes de aplicarla. Que es por lo que, ha escrito bien Prieto Sanchís, *"la justicia constitucional verdaderamente indispensable no*

es la del Tribunal Constitucional, sino la de la jurisdicción ordinaria”<sup>15</sup>.

Aparte las consecuencias de índole estrictamente institucional, la entrada en juego del nuevo modo de articulación interna de la instancia judicial tuvo otras de notable importancia, en lo que se refiere al perfil del juez resultante. Fue así, porque la abolición de la “carrera”<sup>16</sup>, aun siendo sólo relativa en el caso de nuestro país, y el desplazamiento del “gobierno político”<sup>17</sup> a un órgano externo a aquella, contribuyeron activamente al desarrollo (en algún sector de profesionales) de una nueva cultura y práctica de la independencia. Y, consecuentemente, a la difusión del pluralismo en el medio judicial, a su apertura a la sociedad y a la puesta en marcha de un fértil proceso de interacción con ésta, cuyo resultado más patente es la crisis del monolitismo de las viejas dinámicas corporativas que habían hecho de la magistratura un cuerpo tan separado de la ciudadanía como abierto a la directa influencia del poder en acto, por más antidemocrático que fuera su perfil.

Retomando la consideración del segundo de los términos del par, a la luz del vigente paradigma jurisdiccional, no cabe duda, entre aquél (democracia política) y la rígida proclamación normativa de los derechos fundamentales, hay un nexo profundo de orden conceptual, toda una implicación necesaria. Por lo que la democracia, para no mentirse a sí misma, tendrá que ser, no sólo procedimental, sino materialmente constitucional. Es decir, vinculada, tanto en los modos de proceder y de decidir como en los contenidos de las decisiones, por ese “derecho sobre el derecho”<sup>18</sup>, que son los

derechos fundamentales, que debe acotar también el territorio y el horizonte de la política.

De otra parte, y por idéntica razón de coherencia del modelo, los derechos fundamentales, en todas sus dimensiones<sup>19</sup>, deberán estar dotados de un efectivo régimen jurídico de garantías, encomendado, como constitucionalmente lo está, al poder judicial. Dotado, a su vez, del imprescindible estatuto de independencia, en los planos externo e interno, que es lo que le habilitará para operar, *erga omnes*, con exclusiva sujeción a la ley.

Es como –a pesar del siempre insuficiente desarrollo del paradigma– puede afirmarse, el judicial ha dejado de ser un simple momento burocrático, uno más de los del estado-aparato, para adquirir un peculiar estatus, que lo sitúa en cierto modo a caballo entre el estado y la sociedad<sup>20</sup>. En efecto, pues, en los países de nuestro ámbito de cultura, con las inevitables diversidades, el histórico instrumento de puro control social, ha pasado a convertirse, obviamente sin dejar de serlo, también en instancia de garantía de derechos, con inéditas posibilidades de intervención en este campo.

Tal transformación relevante de la jurisdicción, unida al aludido afloramiento del pluralismo político-cultural en su interior, ha ido incidiendo en la forma de proyección práctica del ordenamiento, mediante su apertura –y, con él, de todo el orden institucional– a nuevas demandas, a las que, de otro modo, habría seguido siendo del todo insensible. En concreto, la nueva permeabilidad cultural del medio, al diversificarlo internamente en un grado apreciable, lo

ha hecho más funcional al orden jurídico-constitucional vigente, también internamente contrastado, como corresponde a la expresión jurídica de ese politeísmo de los valores que connota a la democracia constitucional.

Esto ha producido el efecto de que –según Rodotà– *“la jurisdicción no sea sólo un lugar de ‘neutralización’ de los conflictos” sino también “un lugar de visibilidad [...] de los conflictos nuevos [...] un lugar donde sujetos, de otro modo excluidos de los tradicionales lugares institucionales, consiguen hacer sentir su voz. Por tanto, un canal para la representación política, con un innegable enriquecimiento del proceso democrático en su conjunto”*<sup>21</sup>. El propio Rodotà ha hecho ver que, en terrenos, cabría decir “de frontera”, desde el punto de vista del derecho, como lo es el de la bioética, se plantea hoy con particular intensidad la alternativa entre dos modelos culturales de tratamiento: el jurisdiccional y el de la legislación<sup>22</sup>. Naturalmente, no se trata de una opción radical y en términos excluyentes, que no cabría en ningún caso; pues ni el legislador puede dejar de ser y sentirse interpelado y de responder a la demanda social; ni su respuesta, desde la generalidad de la ley, podría prescindir de la mediación judicial. Pero la cuestión es que existen, con tendencia a multiplicarse, problemas en gran medida abiertos y, en todo caso, muy tensionados, que no son objeto de un abordaje legislativo capaz de reducir a unidad el antagonismo de las posiciones, por vía de síntesis o primando unilateral, y definitivamente una de ellas, que sería la forma de pacificar normativamente el conflicto. Y que por eso “aterrizan” abruptamente en el “palacio de justicia”.

Existe otro campo de actuación, al que la jurisdicción se ha visto llamada por imperativo de legalidad, que ha ampliado de manera exponencial la extensión, la intensidad y la trascendencia política de sus intervenciones. Es el representado por la respuesta a las ilegalidades criminales de los sujetos públicos, que habitualmente giran bajo la etiqueta de “corrupción”, en que tan pródigas han demostrado ser nuestras precarias democracias. Hasta el punto de que muy bien puede decirse, sin un ápice de exageración, que se trata de un fenómeno estructural, que ha puesto de relieve que los correspondientes sistemas institucionales no soportan su propio derecho de inspiración constitucional y necesitan transgredirlo gravemente para mantenerse y reproducirse en sus constantes<sup>23</sup>.

La experiencia de estos años es realmente demoledora, por la evidencia de que la política y sus instituciones han llegado a competir con la calle en la generación de delincuencia. De ello hablan, de forma bien elocuente, los cientos de procesos abiertos al respecto, que anegan los juzgados y que, seguramente, podrían/deberían ser muchos más, si se repara en la importancia de la cifra oscura en esta clase de fenómenos criminales. Con el efecto, todavía más impactante de que personas que han desempeñado (y a veces desempeñan aún) altas responsabilidades políticas, no han dudado en acudir a estrategias de deslegitimación de la jurisdicción y a otras “de ruptura”, propias de los justiciables antisistema, en la conocida tipología de Vergès<sup>24</sup>. A tenor de estas circunstancias, me parece pertinente concluir que la tradicional pobreza de la dotación (de recursos e incluso cultural) de las magistraturas, y el carácter siempre re-

ductivo de su tratamiento legislativo, podría hallar aquí una razonable explicación retrospectiva de su endémica razón de ser. Y de la resistencia a hacer que esta instancia llegue a ocupar, en el marco del estado, todo el (fundamental) espacio que constitucionalmente le correspond<sup>25</sup>.

Es obvio que –como he escrito más veces–, mi reivindicación del papel de la jurisdicción en el estado constitucional no tiene nada que ver con la idea peregrina de que esta sea el “poder bueno” en un contexto de poderes perversos. Primero, porque, en rigor, seguramente no hay poder “bueno”; y la bondad que pudiera predicarse de los órganos de poder es sólo la derivada de una actuación respetuosamente ajustada a su régimen de garantías, en la forma y el fondo de las decisiones. Y, además, porque, dadas estas precondiciones, lo que hará bueno al poder judicial (el del juez o tribunal competente encargado de “decir el derecho” en el caso concreto) es su condición de “poder otro”, en la actuación y el restablecimiento del orden jurídico eventualmente conculcado.

Volviendo sobre el título de estas páginas; es el caso de insistir en la necesidad de

que la política democrática cuide, diligente y preventivamente, de la limpieza de su propio ámbito, con lo que, de ser así, estaría impidiendo las ocasionales “invasiones” jurisdiccionales del mismo. Y permitiendo que los jueces y tribunales pudieran dedicarse, no a la paradójica tarea de perseguir delitos y a delincuentes dentro de las instituciones, sino a dar respuesta a los que emerjan en los medios sociales, y, satisfacción, a las legítimas demandas procedentes de la ciudadanía.

Por lo demás, y en fin, hay que decir que la subsanación de las deficiencias de la administración de justicia, que son muchas, tendría que abordarse por una vía en buena medida inédita hasta la fecha: la de un coherente desarrollo y profundización en ella del modelo constitucional. Que reclama, junto a una política limpia y limpiamente basada en el principio representativo correctamente interpretado, una jurisdicción independiente y bien dotada, tanto en el plano de los medios como en el cultural de sus integrantes, y con un órgano de administración de la misma y de garantía que, desde luego en España, bien lamentablemente, le falta.

## NOTAS

<sup>1</sup> Como ha escrito M. Taruffo: “la historia de la magistratura [...] ha sido [...] hasta las constituciones de la posguerra, una historia caracterizada por el control directo y penetrante del poder político sobre la magistratura”, esto, en un texto muy significativamente titulado “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica”, en Varios autores, F. Ojedo, J. Orozco y R. Vázquez (eds.) *Jueces y política*, Porrúa-TRIFE-ITAM, México, 2005, p. 24. Cfr., asimismo, en la materia, S. Senese, “Aparato judicial y lógica del sistema”, en Varios autores, *Política y justicia en el estado capitalista*, edición de P. Andrés Ibáñez, Fontanella, Barcelona, 1978, pp. 153 ss.

<sup>2</sup> De este asunto me he ocupado en detalle en *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, cap. IV, pp. 93 ss.

<sup>3</sup> Cfr. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. cast. de M. Gascón Abellán, Trotta, Madrid, <sup>11</sup>2016, pp. 31-32.

<sup>4</sup> Sobre esta dimensión del papel de las magistraturas, concretada al emblemático caso de Italia, cfr. G. Neppi Modona, *Sciopero, potere politico e magistratura 1870/1922*, Laterza, Bari, 1969.

<sup>5</sup> Al respecto es del mayor interés la italiana “guerra de las Cortes”, suscitada por la resistencia de la Casación a aplicar la Constitución, lo que dio lugar a diversas intervenciones de la Corte Constitucional, que hizo prevalecer el texto fundamental (cfr. al respecto, P. Calamandrei, “La Costituzione e le leggi per attuarla” y A. Battaglia, “Giustizia e politica nella giurisprudenza”, en Varios autores, *Dieci anni dopo 1945-1955*, Laterza, Bari, 1955, pp. 209 ss. y 317 ss., respectivamente; (del primero hay trad. cast. con estudio preliminar de P. Andrés Ibáñez, P. Calamandrei, *La constitución inactuada*, Tecnos, Madrid, 2013). Puede verse también con provecho, R. Canosa y P. Federico, *La magistratura in Italia dal 1945 ad oggi*, Il Mulino, Bolonia, 1974, pp. 327 ss.

<sup>6</sup> “Los derechos fundamentales son limitación del poder y división de poderes”, P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, trad. it. de A. Fusillo y R. W. Rossi, introducción de P. Ridola, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993, p. 177.

<sup>7</sup> B. Constant, *Curso de política constitucional*, trad. cast. de M. A. López, Imprenta de la Compañía, Madrid, 1870, p. 17.

<sup>8</sup> J. E. Sièyes, *Opere e testimonianze politiche*, Milán, 1993, p. 814, cit. por P. P. Portinaro, “Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi”, en G. Gozzi (ed.) *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Il Mulino, Bolonia, 1997, p. 417.

<sup>9</sup> L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, prólogo de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, <sup>8</sup>2016, p. 23. Pero, sobre todo, en *Derecho y razón*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid,

<sup>10</sup>2011, pp. 883-884 y 934-935 y *Principia iuris*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón Abellán, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, <sup>2</sup>2016, I, pp. 414-415 y 872-874.

<sup>10</sup> P. Häberle, op. cit., p. 51.

<sup>11</sup> H. Krüger, cit. por O. Bachof, *Jueces y constitución*, trad. cast. de R. Bercovitz, Taurus, Madrid, 1963, p. 30.

<sup>12</sup> Cfr. al respecto, de A. Pizzorusso, “La experiencia italiana del Consejo Superior de la Magistratura”: *Jueces para la Democracia. Información y debate*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, 24 (1995), pp.

65 ss. Se trata de un trabajo particularmente interesante, porque ilustra muy bien sobre las virtudes del modelo original de la institución, y permite entender por qué y hasta qué punto su *encarnación* española ha resultado catastrófica.

<sup>13</sup> Al respecto, puede verse D. Íñiguez Hernández, *El fracaso del autogobierno judicial*, Fundación Alfonso Martínez Escudero-Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008. También, P. Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, cit., pp. 182 ss.

<sup>14</sup> Ello debido, sobre todo, a la perversión de la política de nombramientos, no inspirada en los valores constitucionales de inexcusable referencia, sino movida esencialmente por cierto tráfico de distintas influencias.

<sup>15</sup> L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 170..

<sup>16</sup> En efecto, pues aun cuando *la carrera* sobrevive en algunos de sus aspectos, lo cierto es que ahora la dinámica de las instancias y recursos se desenvuelve, al margen de cualquier tipo de relaciones jerárquico-administrativas, en un régimen de horizontalidad, en lo relativo al estatus orgánico de los profesionales que intervienen en ella.

<sup>17</sup> Que ideal-constitucionalmente –pero no en el caso de España (debido a la intensa politización partidista del Consejo General)– tendría que haber sido “administración de la jurisdicción”, en el sentido de A. Pizzorusso, *L’organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, Turín, 1990, p. 97.

<sup>18</sup> La expresión es de L. Ferrajoli, en *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, prólogo y traducción de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, p. 33.

<sup>19</sup> En todas sus dimensiones, pues, como escribiera tempranamente Calamandrei: “sólo una democracia social puede decirse verdaderamente democracia, porque *solamente en ella los derechos de libertad son efectivamente disfrutados por todos los ciudadanos*, sin que la diversidad de condición económica se traduzca en desigualdad política y reduzca los derechos de libertad a ser, de hecho, un privilegio de los ricos” (“*L’avvenire dei diritti di libertà*”, ahora en P. Calamandrei, *Costituzione e leggi di Antigone. Scritti e discorsi politici*, La Nuova Italia Editrice, Florencia, 1966, p. 45).

<sup>20</sup> De su “coloca[ción] en una posición mediana entre estado y sociedad”, habla G. Zagrebelsky, en “La responsabilità del magistrato nell’attuale ordinamento. Prospettive di riforma”: *Giurisprudenza costituzionale*, 4 (1982), 784.

<sup>21</sup> S. Rodotà, *Repertorio di fine di secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992, pp. 171-173.

<sup>22</sup> En S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 421 y ss.

<sup>23</sup> No hay espacio para tratar de este asunto con el detenimiento que requiere su importancia, pero, sí es preciso apuntar que la aludida fenomenología criminal se encuentra estrechamente asociada al modo de ser actual del partido político, en cuyo interior, ciertamente, no ha penetrado la democracia constitucional. Así, la explosiva combinación de poder oligárquico con acceso fácil (en el caso de formaciones políticas con responsabilidades de gobierno) a diversas formas de financiamiento ilegal a costa del dinero público, obtenido en el punto de intersección de la política con el mercado, ha producido el tremendo efecto de que una fundamental articulación de la democracia haya pasado a convertirse, con harta frecuencia, en agente de la ilegalidad, con una más que notable capacidad de difusión de esta en el interior de las instituciones. Como ha sucedido, bien lamentablemente, en nuestro país, donde algunas regiones podrían ser declaradas verdaderos *parques temáticos* en la materia.

<sup>24</sup> Cfr. J. M. Vergès, *Estrategia judicial en los procesos políticos*, trad. cast. de M. T. López Pardina, Anagrama, Barcelona, 1970.

<sup>25</sup> Creo pertinente recordar aquí las simplezas irresponsables de algunos relevantes actores políticos de distinto signo que, en estos años, no han dudado en acudir a fórmulas como la de “la muerte de Montesquieu” o de la falta de legitimación democrática de la jurisdicción para intervenir sobre actuaciones criminales producidas en los medios de la política. O también a la de una abusiva invasividad de la misma, generadora de un supuesto riesgo de “gobierno de los jueces”. Cuando lo cierto es que existe un espacio virtualmente ilimitado para una política en la legalidad (el que va desde lo indiferente para el derecho hasta el Código Penal). Como también que, generalmente y, desde luego, en los casos que dieron lugar esas salidas *de pata de banco*, no hubo extralimitación de los jueces, sino abrupta precipitación en el juzgado de algunos segmentos degradados de la política.



# LA COMUNIDAD Y EL DERECHO

JOSÉ M<sup>º</sup> RUIZ SOROA

Como por otra parte resulta bastante obvio, el Derecho aspira a ser justo, dice Manuel Atienza. Por ello, ese valor moral que denominamos justicia es el referente jurídico por antonomasia. Y la justicia, a su vez, correlaciona con una serie de valores más concretos, como son los de seguridad, libertad y justicia.

En la concepción liberal democrática del Estado de Derecho, la concreción de las reglas de la justicia de una sociedad, en lo que se refiere al juego entrecruzado de la libertad, la igualdad y la seguridad, se lleva a cabo bajo el imperio de dos premisas que pueden considerarse constituyentes de ese proceso de concreción: la racionalidad y el individualismo moral. Racionalidad, en tanto en cuanto las normas jurídicas las mandata un legislador que las elabora mediante un proceso de razonamiento moral que pretende situarse por encima o aparte de las concretas particularidades o creencias de cada uno o de cada grupo (abstracción), por mucho que fracase en ocasiones al hacerlo (es inevitable, la razón se realiza en la historia). Individualismo, por cuanto los únicos agentes morales relevantes a la hora de razonar

el contenido de las normas son las personas individuales, y son sus intereses los tenidos en consideración. La sociedad no es un simple agregado de partes que permita sacrificar a algunas de ellas por el bien agregado del conjunto (utilitarismo), sino que cada ser humano debe ser tenido en cuenta como autónomo y dotado de igual dignidad a los demás (principio de "separabilidad de las personas").

El racionalismo dota a las reglas de la justicia de un marcado carácter universal y abstracto, puesto que son deducidas a partir del principio de la igual dignidad de todas las personas y de una racionalidad (crítica) común a todas. Esta abstracción de las reglas no implica que no se tengan en cuenta las diferencias existentes entre los seres humanos concretos, sino que significa, más bien, que la única forma de tenerlas en cuenta es, precisamente, la de unas reglas abstractas que se eleven por encima de sus concretas contingencias.

Por su lado, el individualismo moral del razonamiento jurídico no desconoce el carácter o textura esencialmente social del ser humano; es decir, no es un individualismo

ontológico o epistemológico, sino estrictamente ético: dice que los únicos agentes morales son los individuos autónomos y, por tanto, los derechos individuales no pueden ser sacrificados en nombre del interés general o de una determinada concepción de lo que es la vida buena, que precisamente estaría encarnada en las instituciones concretas de una sociedad, o sería decidido por mayoría.

Esta concepción racional de la génesis de las reglas de la justicia encontró, ya de antiguo, una impugnación global en la concepción historicista del Derecho, que no fue sino un aspecto de la reacción romántica y conservadora ante los postulados de la Ilustración y la Revolución burguesa. La citamos, a pesar de que pocos (si acaso alguno) juristas modernos la defienden como tal, porque, por un lado, sigue teniendo actualidad en nuestro entorno (ahí está la "apertura a la historia" de la DA 2ª de la Constitución, que ha generado en España un fuerte historicismo en la legitimación del Derecho Público) y, por otra parte, porque la propuesta romántica de la escuela histórica del Derecho de Savigny de ver en el Derecho la manifestación del espíritu de un pueblo particular y concreto, la concreción jurídica de una identidad creada y depurada por los siglos de vida en una comunidad, esta idea casa perfectamente con los resultados a los que lleva la propuesta comunitarista de un par de siglos después, que es la que se examina aquí.

En efecto, no bien John Rawls presentaba en 1971 sus propuestas sobre las reglas de la justicia adecuadas para una sociedad democrático-liberal en su *Teoría de la Justicia* (criticadas enseguida por ser demasiado igualitarias –Nozick–, o demasiado poco –Dworkin–, apareció una impugnación radi-

cal de ellas que no se centraba tanto en su contenido más o menos liberal o igualitario, sino en su mismo planteamiento como reglas racionales individualistas y abstractas. Lo que se criticaba no era tanto su contenido como su mismo método de creación; es decir, el uso de la racionalidad abstracta que estaba en su base. Fue la reacción de Sandel, Walzer y Taylor, en el ámbito anglosajón, que de alguna forma reprodujo en pleno siglo XX la ya vieja crítica de Hegel contra Kant: la de haber privilegiado las obligaciones universales de un sujeto individual autónomo sobre o frente a las obligaciones derivadas de los lazos comunitarios que –se afirma– forman y sostienen a toda persona realmente existente. De nuevo la *Sittlichkeit* contra la *Moralität*.

La crítica comunitarista se apoya en una elaborada construcción teórica en los campos filosófico, antropológico y éticos, que no vamos aquí a describir. Baste decir que lo que se critica al liberalismo de Rawls (y por extensión a toda la filosofía de índole racionalista ilustrado) es el apoyarse en una concepción desustanciada de la persona o del "yo", a los que se concebiría como sujetos abstractos desposeídos de toda determinación contingente y de todo lazo con su comunidad de pertenencia. Cuando, en realidad, muy por el contrario, los sujetos realmente existentes que pueden discutir y diseñar, de mutuo acuerdo, unas reglas equitativas son seres que toman su identidad, su personalidad, sus determinaciones vitales, del ámbito de interacción denso de tipo "comunidad" en el que habitan. No son esos seres un tanto fantasmales o ectoplasmáticos que discuten de las reglas más allá del "velo de la ignorancia" sobre sí mismos como se acusa a Rawls de haber imaginado (un "yo previo a sus fines"), sino

personas que, en gran parte, construyen su idea de lo bueno desde una situación concreta, la que les otorga su pertenencia a una comunidad de cultura densa de historia, afectos y relaciones. De lo cual se deduce –en un salto no justificado– que la sociedad particular de pertenencia (vista siempre con los rasgos de una “comunidad”) no es un marco indiferente para el ser humano, sino que es para él un “bien”, o si se quiere un “hiperbien”. Lo quiera o no, y lo sepa o no.

Esta crítica global a la razón abstracta se acompaña frecuentemente de una descripción muy negativa de las sociedades liberales realmente existentes en Occidente, cuyos males (atomismo, egoísmo, relativismo de valores, pérdida de orientación del individuo, desigualdad, descohesión, etc.) serían consecuencia precisamente de encontrarse regidas por unas reglas de justicia abstractas (y además acusadamente procedimentales, no substantivas) que no incentivan o motivan a las personas para dar un sentido comunitario a su vida y afrontar sus obligaciones compartidas. De forma que la concepción liberal de la política y del Derecho serían las responsables al final de la pérdida de cohesión social que se dice constatar en la realidad de las sociedades plurales y mezcladas actuales, en un momento en que, precisamente, mayor es la necesidad de dicha cohesión social para hacer frente con éxito a las cargas que impone la convivencia en los modernos Estados bienestaristas.

En el ámbito europeo, el comunitarismo no ha tenido mucha acogida en el plano intelectual, quizás porque sus postulados prácticos estaban ya ocupados y señoreados por unos movimientos políticos nacionalistas que, sin preocuparse por la fundamentación teórica

de sus creencias, vienen postulando desde antiguo y más o menos borrosamente las nociones de pertenencia comunitaria, determinación del individuo por su cultura, legitimidad de las políticas de construcción nacional incentivada o forzosa, y similares.

Porque, al final, y se acepten más o menos los postulados teóricos del comunitarismo (muy endeblés a nuestro juicio), lo que importa es observar cómo se traduce en el campo de la normatividad (de la justicia) ese nuevo valor, o bien qué se dice haber encontrado en la recta y completa reconstrucción del “yo” que filosófica y epistemológicamente se lleva a cabo. Porque los comunitaristas no rechazan en absoluto los valores de la seguridad, la libertad y la igualdad como componentes de las reglas de la justicia (salvo en el caso particular y especial de MacIntyre y su quejencia por una extraña sociedad conventual tomística), simplemente añaden otro valor u otro “bien” a la lista: la comunidad cultural de pertenencia. Postula ciudadanos libres e iguales, pero en una comunidad cultural concreta y particular, cuya existencia y continuidad debe ser defendida jurídicamente, porque, sencillamente, es un bien primordial para los individuos.

Puede parecer una digresión, pero el argumento comunitarista es totalmente simétrico con el reclamo del “moralismo legal” que defendió Lord Devlin en 1957, a raíz del *Informe Wolfenden* que propuso la despenalización en el Reino Unido de la prostitución y la homosexualidad, por tratarse de conductas amparadas en su ejercicio por el principio liberal clásico del daño de J.S. Mill de no perjudicar directamente a otros. Lord Devlin defendió, por el contrario, que el Derecho Positivo debía y podía imponer coercitivamente una moral

positiva determinada, porque las creencias morales compartidas de hecho y en un momento histórico por los miembros de una comunidad –fueran o no verdaderas– era lo que les hacía miembros de una comunidad social y era lo que cohesiona a ésta como tal sociedad. Hay un riesgo enorme de desintegración social, si la ley no mantiene esa moral, afirmó. De manera que a toda sociedad debe reconocérsele un derecho –similar al derecho de legítima defensa– para proteger su identidad (“identidad moral”, en el caso de Lord Devlin).

No nos interesa ahora subrayar la incorrección argumentativa del Lord inglés (H.L.A. Hart lo hizo en su momento con eficacia plena al señalar la absoluta carencia de base empírica de las afirmaciones de Lord Devlin sobre la necesidad de una moral positiva compartida para sostener la sociedad, por un lado, y por la confusión patente en que incurría entre moral social y moral crítica, por otro), sino señalar que, si sustituimos el término “moral” por el término “cultura”, lo que el comunitarismo reclama desde 1980 (y el nacionalismo hace desde antiguo) es exactamente lo mismo: tratar de imponer a la sociedad una urdimbre ideológica concreta. Se llamará moral o se llamará cultura, religión o identidad; lo jurídicamente trascendente es que se impone –o incentiva– desde el poder, porque este poder ha dejado de verse a sí mismo como sometido a un criterio abstracto o universal y se ha convertido en un poder con una moral o con una cultura concretas.

El moralismo o comunitarismo no rechazan abiertamente el individualismo liberal, no proclaman una superioridad ética de la comunidad sobre la persona, así a las claras. Pero sí lo hacen eficazmente de una manera indirecta, mediante el subterfugio de estable-

cer que una concreta cultura o moral –la que el poder público define como la *propia* de una sociedad concreta– es un bien necesario para el individuo. De manera que es en nombre del mismo individuo como se reclama su sometimiento a esa moral o cultura, puesto que le debe lealtad por su mera pertenencia a ella. En la práctica, es típico de esta orientación sostener que, junto a los derechos individuales, existen también los derechos colectivos (en el sentido fuerte de “derechos morales”), y, correlativamente, los deberes del individuo ante el titular de esos nuevos derechos, la comunidad o pueblo.

La traducción jurídica de la filosofía comunitarista consiste en lo que Habermas ha denominado con ironía “principio ecológico de conservación de las culturas por vía administrativa”, un corolario lógico de su consideración como bien último relevante para los sujetos. Para el comunitarista, no se trata sólo de conservar la sociedad como marco libre e igualitario para la vida de los individuos que la componen, sino de conservar también (además) la concreta y particular cultura de esa sociedad –o lo que su intérprete autorizado considera que es o debe ser la cultura de esa sociedad–. Y este derecho y deber de conservación incide tanto sobre el poder público como sobre los individuos, tanto en forma de derecho como de obligación o carga. Por un lado, el gobierno queda legitimado para adoptar las medidas normativas coercitivas o de estímulo necesarias para mantener prístina e incólume una determinada cultura o unos determinados rasgos culturales. Es su obligación hacerlo, y no hay nada de autoritarismo en ello, sino todo lo contrario: hay un afán paternal por conservar la pureza y autenticidad de la sociedad por el bien de los ciuda-

danos. Por otro, los individuos deben aceptar como parte de sus deberes ciudadanos el de ahormar su identidad personal a los requerimientos de la cultura declarada como propia y característica por la autoridad.

Veamos por separado ambas vertientes.

### **¿Está legitimado el poder público para conservar coercitivamente unos concretos rasgos culturales?**

Parece claro que la concreta o particular cultura que existe en una sociedad no es sino un puro dato de hecho derivado de su historia particular y, por ello, de naturaleza contingente. Convertirla directamente en un valor que debería ser perseguido por la acción de gobierno es algo que en principio incurre en la denominada falacia naturalista, la de pretender deducir un valor de un puro hecho, una norma de una pura historia, un deber ser de un ser. Esta incursión en la falacia era patente en el caso del historicismo, que propugnaba tomar directamente como norma el *statu quo* alcanzado por un pueblo en un determinado momento de su evolución, es decir, convertir *tout court* la historia en regla. Cuando se afirma normativamente, por ejemplo, que un pueblo o comunidad goza de unos derechos, por el mero hecho de que históricamente siempre ha gozado de ellos se está incurriendo en la falacia naturalista, con independencia de que esa historia sea más o menor real o construida.

En el caso del comunitarismo se incurre en la misma falacia naturalista, por mucho que este movimiento intelectual lleva a cabo un cuidadoso desvío para disimularlo, intentando presentar el dato histórico contingente de una concreta cultura en un particular momento de su desarrollo como si fuera un valor o

un bien para los individuos. De manera que, formalmente, se defiende la posibilidad del individuo de llegar a su más feliz y completo desarrollo personal (autonomía individual), aunque en último término se le impone desde el poder un modelo concreto de tal desarrollo. De un ser se deduce un deber ser. El comunitarista arranca de afirmaciones obvias o triviales (como la de que el ser humano está altamente influido por su contexto, o la de que nadie puede salirse de su realidad) para deducir prescripciones injustificables (*“el contexto comunitario debe ser conservado intacto y aplicado a los miembros de la sociedad”*).

Por otro lado, el comunitarismo rechaza una noción típica del liberalismo, la de la neutralidad del Estado ante las diversas concepciones del bien que pueden coexistir en la sociedad y ser perseguidas por los ciudadanos autónomamente. Para el comunitarismo, en cambio, el Estado debe ser esencialmente un Estado activista, comprometido con ciertos planes de vida y con un cierto tipo de organización de la vida pública. Debe promover un ambiente cultural concreto (no simplemente “la cultura”, sino “una cultura”) y la custodia de ciertas prácticas o tradiciones consideradas “definitorias” de la comunidad (lo que vagamente se denomina “identidad”). En este sentido, la posición comunitarista o nacionalista incurre en el llamado “perfeccionismo político”, es decir, en la situación en la que el Estado se considera habilitado (puede ser que por mayoría de votos, ello no influye en la valoración) para primero definir y luego imponer a los ciudadanos –directamente o mediante sistemas de refuerzo, incentivos y *nudges*– un particular concepto de lo que es *bueno*.

Es bastante patente que el comunitarista o el nacionalista incide, por otra parte, en

una concepción altamente implausible de lo que es una sociedad moderna. Su modelo es la comunidad densa de afectos, proximidad y cultura compartida, basada en relaciones cara a cara, una que no tiene existencia real en el mundo moderno. Por eso, desprecia los aspectos más pluralistas, cosmopolitas y mezclados de nuestras sociedades y reivindica una reconstrucción de la homogeneidad primitiva que sueña que existió en un pasado en gran parte mítico. Es de nuevo una reivindicación de la *Gemeinschaft* de Tönnies, en contra de las sociedades extensas y desarraigadas modernas, un movimiento de repliegue o cierre social ante la inseguridad de la modernidad.

Por otro lado, este movimiento deja sin explicar la razón por la que habrían de imponerse a los miembros de una sociedad concreta unos hábitos culturales o tradiciones, consideradas como fundamentales respecto a la identidad de un determinado grupo, que, en realidad, esa sociedad ha abandonado en gran manera de una forma evolutiva y progresiva. Si esos hábitos concretos son tan necesarios como afirma para el pleno desarrollo de los individuos como personas, ¿cómo es que se han perdido? Y, ¿por qué razón habría de obligarse a nadie a recuperar unos hábitos que aparentemente no precisa ni desea? Dicho, en otros términos, si la nación está en el origen histórico de la comunidad, ¿cómo es que hay ahora que construirla? Esta contradicción lleva inevitablemente al defensor del intervencionismo cultural al recurso a una historia más o menos construida *ad hoc*, en el que la evolución de la sociedad ha sido causada por un cúmulo de injusticias, abusos y suplantaciones por parte de poderes extranjeros. Sin caer en la cuenta de que, incluso si así fuera, seguiría siendo aplicable el principio

de que una injusticia cometida sobre alguien ya muerto no se repara ni arregla con una injusticia sobre un vivo.

Todo lo anterior no implica menosprecio alguno por nuestra parte para con la historia y la tradición particular de una sociedad. No se trata de condenarlos como irrelevantes, sino sólo de señalar que cualquier contenido histórico particular está sujeto inexorablemente al juicio de la razón crítica desde los valores superiores del ordenamiento, no al revés como pretende el historicismo.

## La situación del ciudadano ante las políticas de la identidad

¿Existe un derecho individual a la identidad personal libremente formada? ¿O, más bien, la identidad cultural es una cuestión de decisión colectiva en la que los ciudadanos deben someterse a las decisiones del poder, de manera que las políticas de la identidad no violan en principio derecho individual alguno?

Estamos ante una pregunta un tanto sorprendente: si, en lugar de identidad cultural, preguntásemos acerca de si la imposición coercitiva por el Estado de una religión, o de una moral, viola algún derecho individual, la respuesta escandalizada sería inmediata. Obvio que sí, el Estado de Derecho liberal democrático está fundado precisamente sobre el principio de libertad religiosa o de libertad moral e ideológica. En tanto se trata de cuestiones que pertenecen al ámbito privado o íntimo de la persona, ningún poder público puede inmiscuirse. Sin embargo, en el momento en que se pregunta por la "identidad" parece activarse en la mente del intérprete un *chip* peculiar que le remite de inmediato a una

posición diversa: ¡ah, no, la identidad sí que es cuestión colectiva, es materia pública, es de la responsabilidad y por tanto del ámbito de actuación del Estado!

Aunque en nuestro país habría que matizar qué entendemos por Estado, al hacer esta afirmación, pues, si nos referimos al Estado central, la respuesta general sería más bien negativa, mientras que si la referencia lo es a las Comunidades Autónomas –nacionalidades o regiones que sean– sería entusiásticamente positiva. Pero esta es una esquizofrenia típicamente hispana, que no debe afectar al planteamiento general del punto: ¿existe un principio de libertad individual en materia de identidad?

De nuevo hemos de recordar la advertencia que hacíamos al iniciar estas páginas al hablar del individualismo liberal: que no es ontológico sino ético. Ahora debiéramos decir, jurídicamente hablando, que no es descriptivo sino prescriptivo. En efecto, es bastante obvio que el individuo no forja su identidad de manera aislada, ni la elige de entre muchas a partir de un vacío inicial en su vida como se elige el automóvil. La identidad personal es la cosa más social que existe, puesto que el ser humano forja su identidad mediante la asunción progresiva de los roles y estatus que encuentra ya vigentes en su entorno social, sobre todo de una manera lingüística. Asume su identidad, no la elige. Pero esta es una cuestión sociológica o antropológica que ahora no nos interesa. Pues sea cual sea la fuente del *self* de cada uno, lo que interesa a la ética y al Derecho es si tal identidad está blindada ante el poder público como lo está, por ejemplo, la identidad religiosa o moral. De otra forma, si existe un principio de libertad individual en la materia, o, más bien, el Estado puede exigir

al individuo que remodele su identidad para ajustarse al canon de la identidad nacional, comunitaria o grupal que se ha decidido sea tomada por tal en su sociedad o grupo. Al Derecho no le interesa describir “cómo son” las personas, sino “cómo deben ser tratadas”.

Joseba Arregi suele escribir que la “libertad religiosa” que inició el ciclo de protestas protoliberales hace siglos y que figura, inevitablemente, hoy en todos los textos constitucionales, se dice hoy como “libertad de identidad”. Y, ciertamente, tiene razón: el principio de protección del individuo frente al poder público en su ámbito personal de creencias o formas de ser no se limita a lo sagrado (un asunto que no fue sino la ocasión histórica concreta que lo gestó en su día), sino que incluye cualesquiera manifestaciones de la personalidad humana. ¿Por qué razón la cultura, o el sentimiento de pertenencia, o la lengua propia de cada uno, o los hábitos de conducta, podrían ser tratados de manera distinta, podrían ser exceptuados del principio de decisión y responsabilidad personal y convertidos en campo abierto para el intervencionismo desde arriba? ¿Habría sectores de la personalidad humana protegidos y otros no? ¿Por qué?

La respuesta –bien lo sabemos– la escuchamos de continuo: porque la homogeneidad cultural de la sociedad es un requisito importante de su “cohesión”, porque el Estado no puede desentenderse de algo que funge como “cemento” de la sociedad, porque una sociedad sin identidad o con muchas y mezcladas identidades funciona peor que una que la posea homogénea y boyante.

¡Oh, la cohesión de la sociedad! El “concepto sonajero”, por excelencia, que suena bien, convence e hipnotiza, por mucho que

nadie precise los datos empíricos sobre su composición y función, ni explique muy bien cómo sucedería que un Estado tal que el español tenga como riqueza cohesiva su pluralidad nacional y lingüística, mientras que esa misma pluralidad sería un hecho dañino para las Comunidades que por ello optan por la homogeneización.

Y, sin embargo, y dejando de lado el uso hipnótico del término “cohesión”, sucede que ese mismo argumento –con palabras no tan superferolíticas– lo usó Felipe II en el siglo XVII para defender la unidad religiosa y el catolicismo obligatorio en sus reinos. “*Un reino con muchas religiones se deshace*”. Y con el Rey Católico estuvieron de acuerdo todos los príncipes europeos en 1630 en Westfalia: *cuius regio eius religio*. La unidad del Estado exigía la unidad de creencias religiosas; argumento que en nada convenció ni frenó al naciente liberalismo individualista europeo que siguió exigiendo la libertad individual de conciencia y práctica como un derecho de las personas, al margen o por encima de los intereses de los colectivos comunitarios. De manera que el argumento no funciona sino en una roma perspectiva utilitarista (el mayor bien del conjunto justifica el sacrificio de algunos), pero no en el plano deontológico inspirado en los derechos humanos: el ámbito de libertad individual no puede ser intervenido por el poder público sobre la base de argüidas conveniencias del colectivo.

Cuando se redactó la Constitución española, el término “identidad” no estaba tan de moda como luego sucedió y, además, sonaba asociado a la antropología. Quizás por ello, el art. 10 utilizó el término de “personalidad”, mucho más trabajado jurídicamente y estableció como uno de los fundamentos del

orden político, conectado directamente con la dignidad de la persona, “el libre desarrollo de la personalidad”, expresión en la que caben todos los contenidos particulares que conforman la personalidad humana. El art. 16. 1º cita, sólo como libertades concretas garantizadas constitucionalmente, la ideológica y religiosa, pero difícilmente puede interpretarse ello como una exclusión de los aspectos culturales de la personalidad humana de la garantía general de libertad. Sencillamente, no se previó, expresamente, lo que en aquel momento no resultaba relevante y que, por otro lado, estaba desde luego incluido en el concepto jurídico de “libre desarrollo de la personalidad”.

Algo parecido sucedió en 1948 al promulgarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo art. 18 cita expresamente la “libertad de pensamiento, conciencia y religión”, sin hacer mención expresa a la libertad de identidad cultural. Pero, como recuerda la Declaración o Carta de Friburgo de UNESCO 2007, ello no significa que la identidad cultural no esté incluida y protegida en aquella Declaración; simplemente es un aspecto particular de la libertad y dignidad humana. Para esta Declaración, la identidad cultural es el conjunto de referencias culturales por el cual una persona, individual o colectivamente, se define, se constituye, se comunica y entiende ser reconocida en su dignidad (art.2) y, desde luego, “*toda persona, individual o colectivamente, tiene derecho a elegir y a que se respete su identidad cultural*” (art. 3), así como “*toda persona tiene la libertad de elegir identificarse o no con una o varias comunidades culturales, sin consideración de fronteras, y de modificar esta elección. Nadie puede ser obligado a identificarse o ser*

*asimilado a una comunidad cultural contra su voluntad*" (art. 4).

Esta terminante declaración de "libertad de identidad" suele ser leída de una forma reduccionista, viendo en ella tan sólo un instrumento de protección de los derechos de las minorías culturales existentes dentro de sociedades más amplias, lo que lleva a una comprensión "colectiva" de tales derechos como garantías de las minorías étnicas o indígenas. Pero es patente que lo que en ella se aclara va mucho más allá de ese particular problema y, por eso, el titular del derecho a la libertad de identidad lo es la persona individual, con independencia de que su ejercicio o puesta en práctica pueda ser colectivo. La libertad del integrante de un grupo identitario lo es tanto para ser protegido en esa identidad grupal

como para no verse obligado a aceptarla si no lo desea. La "asimilación cultural coercitiva" está prohibida como violación de la dignidad personal.

Resulta obligado terminar estas líneas señalando un dato significativo: que nuestro Tribunal Constitucional nunca ha querido enfocar las políticas lingüísticas asimilacionistas y su posible inconstitucionalidad desde este ángulo concreto del derecho a la libre personalidad de los sujetos reales afectados. Siempre lo ha hecho como una cuestión que atañe fundamentalmente a la pugna entre los poderes respectivos del Estado y las Comunidades para imponer sus lenguas respectivas, sin dudar que los ciudadanos son unos meros convidados de piedra en esta pugna. Lástima.



# SIETE TESIS SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL

MANUEL ATIENZA

## 1.

“Activismo judicial” es un término poco claro. Analizar en qué consiste esa obscuridad ha de ser, por ello, una operación previa a la de emitir un juicio fundado en favor o en contra de esa manera de entender la función judicial.

Un primer dato, muy obvio, en relación con el uso que hoy se hace de la expresión es que, en contextos europeos (por ejemplo, en España), calificar a un juez, o a una de sus decisiones, de activista, tiene un sentido inequívocamente descalificatorio: un juez activista es uno que actúa como no debería actuar un juez. Pero las cosas no son así en relación al uso que se hace en Latinoamérica: si no siempre, al menos en muchas ocasiones (y me refiero al empleo de la expresión no sólo en los medios de comunicación, sino también por parte de juristas profesionales), calificar a un juez de activista supone atribuirle una cualidad positiva: activista es el juez que se toma en serio lo que constituye la función esencial de la jurisdicción, la defensa de los derechos fundamentales de las personas (individual y colectivamente consideradas).

Curiosamente, esa diversidad en cuanto al significado emotivo puede detectarse también en los Estados Unidos, que es de donde parece provenir la expresión: el sintagma español es una traducción de *judicial activism* (para expresar esa noción en francés, por ejemplo, no se habla de *activisme judiciaire*, sino de *gouvernement des juges*); e incluso la idea: Estados Unidos es el primer país –desde comienzos del XIX– en situar, por así decirlo, a los jueces en una posición de primacía en relación con el legislativo y el ejecutivo, o sea, el primer país en contar con una justicia constitucional. Pero en este caso, la variación, en cuanto a la emotividad que suscita el término, no es geográfica, sino histórica: el vocablo *judicial activism* no tuvo en sus orígenes (comienza a emplearse a mitad de los años 40 del siglo XX) una connotación peyorativa, sino que la adquiere algo después, a partir de mediados de los años 50<sup>1</sup>; esto es, en la época en la que la Corte Suprema de ese país empezaba a desempeñar un papel relevante en el desarrollo de una cultura de los derechos.

Otro dato de interés se obtiene al remontarse a la historia del concepto de activismo judicial que, de alguna forma, es anterior al uso de la expresión. En efecto, en los Estados Unidos (que, como digo, es de donde proviene la idea) parece existir un consenso, si no en cuanto al significado exacto de activismo judicial, sí en cuanto al origen de esa idea: los primeros jueces activistas habrían sido los que, a comienzos del siglo XX (y hasta que triunfa la política del *New Deal*), se opusieron a la legislación social proveniente de los Estados y de la Federación. El hito fundamental es el famoso Caso *Lochner*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1905. Se trataba de la cuestión de si era o no constitucional una ley del Estado de Nueva York que limitaba el trabajo en las tahonas a 10 horas diarias y 6 días a la semana. La mayoría del tribunal entendió que era inconstitucional y lo argumentó efectuando lo que hoy llamaríamos una ponderación: por un lado, estaría la libertad de contratación establecida en la 14<sup>a</sup> Enmienda y, por otro, los “poderes de policía” que otorgaban a los Estados competencia para legislar por razones de seguridad, sanidad, etc. La mayoría entendió (no hace falta entrar aquí en las razones que se adujeron) que el primero de los derechos debía prevalecer, pues, dadas las circunstancias, tenía un peso superior al otro. Hubo cuatro magistrados que se apartaron de la mayoría, pero lo que pasó a la historia fue sólo uno de esos votos disidentes: el del juez Holmes. Al parecer, Holmes no tenía ninguna simpatía por el movimiento socialista, que era la fuerza política que había impulsado la ley en cuestión. Pero defendió una concepción de la jurisdicción constitucional (y, *a fortiori*, de la jurisdicción sin más) basada en una actitud de deferencia al legislador: *“La sentencia se ha basado en una teoría económica [el liberalismo del laissez faire] que la mayoría del país no comparte. Si fuese importante saber si yo la comparto, tendría que estudiar el asunto mucho más a fondo. Pero no se trata de eso... Estoy firmemente convencido de que mi acuerdo o mi desacuerdo es irrelevante en relación con el derecho de la mayoría de los ciudadanos a ver sus opiniones e ideales reflejados por las leyes... [L]as Constituciones y las leyes estatales pueden regular cualquier aspecto de la vida, y pueden hacerlo de muchas maneras que, si fuésemos legisladores, podríamos considerar inoportunas o tan tiránicas como la ley que ahora examinamos... Creo que el término ‘libertad’, tal y como figura en la 14<sup>a</sup> Enmienda, resulta desnaturalizado cuando se utiliza para impedir a la mayoría de los ciudadanos y, por tanto, a las convicciones mayoritarias, conseguir los fines que persiguen, a menos que sea posible demostrar que una persona sensata y razonable pueda considerar la ley de que se trate como contraria a nuestros principios fundamentales, según se derivan de las tradiciones del pueblo y del Derecho. No es preciso reflexionar mucho para darse cuenta de que la ley de Nueva York que ahora se somete a este Tribunal está muy lejos de merecer esta descalificación”<sup>2</sup>.*

De manera que, si contemplamos la noción de activismo judicial desde una perspectiva política, con lo que nos encontramos es con que, mientras que hoy en día (o, en el caso de los Estados Unidos, desde mediados de los años 50) le atribuimos básicamente un sentido progresista (los jueces activistas serían, simplificando, los jueces de tendencia izquierdista), a comienzos del siglo XX no era así: el activismo judicial tuvo un significado netamente conservador (aunque, como en el caso de Holmes, era posible enfrentarse a esa ideología o a esa posición

acerca de la jurisdicción, sin tener que asumir para ello posiciones de izquierda). Y esa fue precisamente la razón de que un jurista francés, Eduard Lambert, escribiera, en 1921, un libro que entonces tuvo mucha influencia, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*<sup>3</sup>, y que expresaba con claridad, como se ve ya en el título, sus razones para oponerse al activismo judicial: los jueces, también los jueces constitucionales, tienen una tendencia natural al conservadurismo social, y de ahí el peligro de instaurar un sistema que establezca la primacía de los jueces sobre los otros poderes, esto es, un sistema basado en una “aristocracia judicial”.

## 2.

Una definición aceptable de activismo judicial podría ser esta: un juez activista es el que decide una cuestión jurídica de acuerdo con sus opiniones de lo que es justo, aunque ello suponga transgredir los límites fijados por el Derecho.

La definición no es, sin embargo, comprensible (o suficientemente clara) por sí misma. O, si se quiere, no puede ser utilizada adecuadamente sin considerar una serie de presupuestos que la dotan de sentido. Básicamente, estos dos: 1) los jueces (en general, los aplicadores del Derecho) deben decidir siguiendo criterios preestablecidos en el sistema normativo en el que desempeñan su función; y 2) esos criterios (al menos por lo general) determinan una respuesta correcta para cada caso.

El primero de esos presupuestos supone reconocer que el Derecho es una práctica autoritativa, aunque no sea sólo eso. En relación con los jueces, eso implica que ellos tienen que considerar que lo que establece la Constitución (el conjunto de reglas, principios y valores) les vincula, no (o no sólo) porque lo ahí contenido se conforme con su manera de pensar, sino por la fuente de que procede (con independencia de su contenido); o sea, les vincula también en los casos en los que pudieran tener razones fundadas (de naturaleza moral o política) para pensar que alguno de esos contenidos carecen de justificación: por ejemplo, la Constitución rechaza el matrimonio entre personas del mismo sexo –como ocurre con algunas recientes Constituciones latinoamericanas–; o, bien, otorga un trato de privilegio a una determinada religión –como pasa con la Constitución española–; o, bien, establece derechos que no deberían serlo, como el derecho a portar armas de la Constitución de los Estados Unidos; etcétera. Y, en relación con las leyes (y las normas infralegales), reconocer la autoridad de las mismas significa aproximadamente lo que el juez Holmes señaló en el caso *Lochner*: aceptar que las normas dictadas por el legislador son constitucionales, a no ser que no haya ninguna forma razonable de interpretar que las mismas no contradicen los principios y valores básicos de la Constitución. Otro tanto cabría decir en relación con las normas infralegales: el juicio de ilegalidad de un reglamento, por ejemplo, tendría que basarse en la convicción de que no cabe ninguna interpretación razonable de éste que permita verlo como conforme a la ley; etcétera.

El segundo de esos presupuestos significa que la noción de activismo judicial sólo tiene sentido en relación con las concepciones del Derecho que sostengan alguna modalidad de la tesis

de la respuesta correcta o, dicho en términos negativos y quizás más exactos, que no acepten la tesis de que el Derecho está radicalmente indeterminado. O sea, si el material normativo que supuestamente tiene que “aplicar” un juez es completamente maleable (y/o, en relación con las cuestiones fácticas, no existe algo así como una realidad objetiva, sino que los “hechos” son siempre hechos contruidos), entonces no se puede hablar tampoco de activismo judicial, simplemente porque la noción de “respuesta correcta” y de respetar o no los “límites” establecidos por la autoridad carecen de sentido. No hace falta tanto como sostener que, para todo caso que se les presenta a los jueces, existe una única respuesta correcta, pero sí alguna noción de corrección suficientemente fuerte (que determine al menos límites negativos que permitan descartar lo que no cabe en el Derecho). Esa es la razón por la que, en mi opinión, no es posible hablar de activismo judicial (no resulta un término comprensible), si se suscribe una concepción del Derecho como el decisionismo de Carl Schmitt, el realismo jurídico (al menos en sus formulaciones más extremas: en España, un ejemplo podría ser la posición de Alejandro Nieto); o las llamadas “teorías jurídicas críticas” (como las de los *Critical Legal Studies*). Y tampoco parece muy claro que sea posible hacerlo desde una concepción como la de Kelsen, puesto que para este autor (en virtud de lo que llamó “cláusula alternativa tácita”) los jueces no pueden violar las normas generales (porque su contenido es tautológico: establecen por ejemplo, la obligación de realizar p, pero, tácitamente, también el permiso de no hacer p) que, por lo tanto, no fijarían límite alguno; dicho de otra manera, las únicas normas en sentido estricto que existen en el Derecho serían las normas individuales que ordenan actos concretos de ejecución material<sup>4</sup>.

### 3.

La anterior definición no permite muchas veces establecer de manera precisa cuándo un juez actúa de manera activista. Ello se debe a que la noción de límite depende, como se ha visto, de propiedades que son graduables: la mayor o menor indeterminación (o determinación) del Derecho.

Ahora bien, que existan lo que cabría llamar zonas de penumbra a la hora de calificar una actuación judicial como activista o no, no quiere decir que no haya también casos claros, supuestos que inequívocamente caerían dentro o fuera del ámbito de aplicación de la expresión (que –recuerdo– sólo puede usarse con sentido si se presupone la noción de límite, de que el Derecho fija ciertos límites a la actividad judicial). Así, es un caso claro de activismo judicial (y quizás también de algo peor), la sentencia del Tribunal Plurinacional de Bolivia (0084/2017) que declaró la inconstitucionalidad de varias normas de la propia Constitución boliviana que fijaban un límite para la reelección de diversas autoridades “*por una sola vez de manera continua*”; y eso, sobre la base del art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos humanos (que se refiere en términos generales a los derechos políticos) que se declara “*de aplicación preferente*”. Si a eso se añade que, poco antes, había habido un referéndum para cambiar la Constitución (y permitir que el presidente Evo Morales se presentara a un nuevo mandato presidencial), cuyo resultado fue que se rechazó ese cambio, la manipulación política llevada a cambio por el Tribunal (para no aplicar el Derecho) no ofrece, creo yo, ninguna duda. Pero, a

efectos de clarificar el concepto, seguramente lo más interesante sea fijarse en casos que sí han sido ampliamente discutidos. Dos que me parecen emblemáticos serían estos: el auto dictado por el juez Garzón en 2008, declarándose competente para instruir una serie de denuncias por más de cien mil desapariciones forzadas ocurridas bajo la sublevación militar y durante los primeros años de la dictadura franquista (hasta diciembre de 1951); y la jurisprudencia de la Corte constitucional colombiana (en particular, la sentencia de tutela T-720 de 2008) que estableció en aquel país un derecho fundamental a la salud (que no estaba explícitamente reconocido en la Constitución).

En mi opinión, la primera de esas decisiones (que no supuso la condena del juez, sino la anulación del Auto) es un ejemplo de activismo, de actuación judicial carente de justificación (en términos jurídicos). He tratado con cierto detenimiento esta cuestión en otro lugar<sup>5</sup>, pero baste con recordar que un argumento fundamental del juez Garzón (para sortear lo que él llamó “escollos” que se opondrían a su medida) fue que las conductas en cuestión “*siguen cometándose en la actualidad, dada la naturaleza de los delitos permanentes*” (o sea, en 2008 seguía cometándose, en su opinión, la acción de desaparición forzosa de personas por parte de quienes habían muerto hacía mucho tiempo: una tesis que, entre otras cosas, presupone una concepción manifiestamente irracional de la acción humana).

Mientras que la segunda constituiría, a mi juicio, un ejemplo de actuación activa (pero no activista) de los jueces en la defensa de los derechos fundamentales: la misma supuso una creación judicial de Derecho, pero legítima: el tribunal colombiano estableció una serie de requisitos mínimos (por ejemplo, al ordenar que se estableciera un plan de salud) que caen dentro de lo indisponible según la Constitución (de lo que afecta a la dignidad humana y que, por tanto, no puede dejar de reconocerse a todos y cada uno de los individuos), pero no invadió el ámbito de la discrecionalidad (el ámbito de lo disponible) de las autoridades legislativas y administrativas. En realidad, el efecto que tuvo (o el más descolante) fue que, años después, el Parlamento de ese país dictó una ley que desarrollaba el derecho a la salud (implícito en la Constitución) siguiendo lo que había establecido la Corte<sup>6</sup>.

#### 4.

Un juicio fundado de activismo no puede emitirse en abstracto, sin considerar una serie de circunstancias referidas al contexto teórico y al contexto práctico del juez.

Con lo de contexto teórico quiero decir que la calificación como “activista” de una cierta conducta judicial varía mucho según que quien emita ese juicio lo haga (dentro siempre de las concepciones que reconocen la existencia de límites jurídicos) desde una posición más o menos formalista del Derecho que niega a los jueces el poder –legítimo– de crear Derecho (como ocurre, por ejemplo, con el garantismo de Ferrajoli), o se sitúe, por el contrario, en una perspectiva postpositivista (como pueda ser la de Dworkin), en la que los límites del Derecho (y de la jurisdicción) son concebidos de manera mucho más amplia. O sea, el espacio que queda para el activismo es tanto mayor, cuanto más estrecha (más tendiente hacia el formalismo) sea

una concepción del Derecho. Por poner un ejemplo bien conocido: el caso *Riggs v. Palmer* (resuelto, como se sabe, apelando no a las reglas del sistema, sino a principios implícitos<sup>7</sup>) es, de acuerdo con Dworkin, un modelo de buena decisión judicial (los jueces no se habrían saltado el Derecho, sino que lo habrían interpretado adecuadamente), mientras que alguien que suscriba una concepción como la de Ferrajoli seguramente tendría que considerarlo como un ejemplo de activismo judicial.

Y el contexto práctico tiene que ver, al menos, con estas dos circunstancias. La primera es que el juicio de activismo (entendido en términos descalificatorios) no puede hacer abstracción del medio social y del medio jurídico en su conjunto en el que se inserta la actividad judicial. No es lo mismo que el juez opere dentro de sociedades bien organizadas, con una institucionalidad jurídica fuerte, en la que existen otras instancias –aparte de la judicial– encargadas de la defensa de los derechos fundamentales, a que no sea así, y la alternativa a la actuación judicial sea simplemente el desamparo de los individuos en relación a la protección de sus derechos. El caso recordado de la actuación del Tribunal Constitucional de Colombia constituye, me parece, un buen ejemplo de esto último: lo que resulta aceptable en un país como Colombia, seguramente no lo habría sido si se tratase de un juez (en algún caso más o menos semejante) de un país como Alemania. Y la segunda circunstancia con la que se debe contar es el nivel que ocupe el juez en la pirámide judicial. Así, parece razonable considerar que el ámbito de discrecionalidad de los jueces constitucionales o supremos ha de ser más amplio que si se trata de jueces ordinarios (que han de ser deferentes no solo en relación con la Constitución y con las leyes, sino también en relación con las decisiones de los órganos judiciales que ocupan lugares más altos en la estructura piramidal). Aquí, la circunstancia de que el juez Garzón fuera simplemente un juez de instrucción contribuye también (aunque no sea la razón más fuerte) para considerar su actuación como activista.

## 5.

El formalismo y el activismo constituyen algo así como el Scila y el Caribdis que debe evitar un juez. Ambas son posiciones que dan lugar a conductas judicialmente desviadas.

Por formalismo estoy entendiendo aquí una concepción que ve el Derecho única o muy preferentemente como un conjunto de reglas y que rechaza interpretar las normas acudiendo a lo que son sus razones subyacentes. La desviación consiste por ello en prescindir de los fines y valores que dan sentido a la práctica jurídica (al para qué interpretar).

Y el activismo se caracteriza por ver en el Derecho únicamente esta última dimensión (valorativa), dejando, pues, de lado que el Derecho es también una práctica autoritativa, en la que las reglas juegan un papel esencial. La desviación consiste aquí en prescindir de los medios, de las formas; en no tomar en cuenta que, si la interpretación es tan relevante en el Derecho, ello se debe precisamente al papel que juega en él la autoridad (donde no hay autoridades, como ocurre en el caso de la moral –la moral no heterónoma–, la necesidad de interpretación prácticamente desaparece).

El juez que es deferente hacia el legislador (que asume la existencia de límites) no es, por ello, el juez formalista, sino el que trata de encontrar un equilibrio adecuado entre las exigencias de la autoridad y la necesidad de satisfacer los fines y valores que caracterizan al Derecho del Estado constitucional. Es el juez justo, no justiciero; activo, no activista; y que toma como ideal regulativo de su función el logro de la justicia a través del Derecho..., aunque eso suponga aceptar que, en ocasiones, el Derecho no le permite alcanzar la justicia. Por eso, la conducta conforme (o sea, no anómica) de los jueces suele producir pesar y desasosiego. La profesión de juez no puede ser una profesión cómoda, porque el sistema judicial, y el sistema jurídico en general, forma parte del entero sistema social, y este último no es un sistema justo. La existencia de una tensión entre cumplir con el Derecho y realizar la justicia es ineliminable; no puede resolverse negando uno de esos dos polos.

## 6.

Al menos por lo que se refiere a un país como España, el activismo judicial no parece ser el principal problema de la judicatura.

En los últimos tiempos, fenómenos como la constitucionalización del Derecho, la crisis de la política y el consiguiente aumento del poder de los jueces han llevado a muchos a considerar que el activismo judicial, el gobierno de los jueces, constituye una seria amenaza para el Estado de Derecho. Si los jueces no se sienten vinculados por el tenor de las normas establecidas por el legislador, sino que consideran que pueden (deben) resolver los casos que se les presentan (los casos, digamos, difíciles), acudiendo a los principios y los valores constitucionales y, por ello, no subsumiendo, sino ponderando, entonces lo que está en riesgo es la seguridad jurídica y el resto de los valores que hace posible el imperio de la ley: de manera muy significativa, la autonomía, que dejaría de existir si las decisiones de las autoridades no fueran previsibles.

En la anterior crítica, hay algunos presupuestos que me parecen más que discutibles: así, el razonamiento ponderativo no tiene por qué ser visto como un procedimiento arbitrario de justificación de decisiones; y la idea de que los jueces han de decidir siempre recurriendo exclusivamente a la subsunción, sin apelar a principios y valores, no pasa de ser, en el mejor de los casos, una ilusión. Pero no cabe duda también de que el aumento del poder de los jueces (y el recurso a procedimientos como la ponderación) que caracteriza el Derecho del Estado constitucional supone riesgos; y que algunos de esos riesgos tienen que ver con lo que hemos llamado activismo judicial.

Sin embargo, una cosa es que exista ese riesgo, esa patología, y otra que debamos considerarla como la principal amenaza (o una de las más importantes) para el buen funcionamiento del sistema judicial. En mi opinión, en un país como España (pero me parece que ese juicio puede ampliarse a todos –o casi todos– los países del mundo latino), el principal defecto –casi congénito– de nuestra cultura judicial (y, en general, jurídica) sigue siendo el formalismo. De lo que adolece la judicatura (hablando en términos generales) no es, yo creo, de una tendencia a prescindir de la letra de la ley y a remontarse a principios de filosofía moral y política a la hora

de resolver los casos que se le presentan, sino más bien de entender el Derecho de una manera excesivamente estrecha, literalista y formalista. Lo que más falta, yo diría, es una mayor altura de miras (lo que requiere, entre otras cosas, formación teórica) y, por así decirlo, ampliar los límites del Derecho (no suprimirlos) para facilitar así el poder hacer justicia a través del Derecho. Me parece que hay muchos ejemplos que pueden ponerse de esa tendencia al formalismo de nuestros jueces, y algunos de ellos bien recientes, como el problema de los desahucios que generó la crisis económica: la judicatura española (incluyendo al Tribunal Constitucional) podría haber hecho, en mi opinión, mucho más de lo que hizo si hubiese operado con una idea suficientemente amplia del Derecho<sup>8</sup>.

## 7.

Las razones para no ser activista serían fundamentalmente aquellas que permitan contestar a la pregunta de por qué un juez no debe tomar una determinada decisión si él piensa que esa es la más justa.

Quizás la manera más obvia de contestar a la anterior pregunta consista en recordar que lo anterior viene a ser una definición de lo que se entiende por autoridad práctica: reconocer que alguien tiene autoridad práctica significa precisamente eso, supeditar nuestro juicio sobre lo que se debe hacer en determinadas circunstancias (las que delimitan el ámbito de la autoridad) al de otro. Pero entonces surge una nueva pregunta: por qué debemos reconocer (debe reconocer el juez) autoridades prácticas.

Y la contestación a la misma ya ha quedado al menos insinuada antes: eso forma parte del Estado de Derecho, y si los jueces no actuaran conforme a los esquemas de ese tipo de organización del poder (respetando el principio de legalidad y el de división de poderes), habría valores muy fundamentales de los individuos que no se verían satisfechos. O sea, la existencia de autoridades prácticas parece más fácil de justificar, cuando se trata de agentes que desempeñan un rol institucional, como es el caso de los jueces. Si estos deben someter su juicio al de otros (al del legislador o al del constituyente), ello se debe precisamente a que actúan en el marco de una institución y al servicio de los intereses y valores de otros: los ciudadanos, los justiciables. Por eso, la independencia judicial no es una manifestación del derecho de autonomía de los jueces, sino que responde al derecho de los ciudadanos a ser juzgados exclusivamente de acuerdo con los parámetros establecidos en el Derecho. Como establece el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (art. 2), el juez independiente es *“aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo”*.

Pero hay además otras razones (si se quiere, subordinadas a la anterior) para oponerse al activismo judicial. Una de ellas es que la corrección, la justicia, de una decisión ha de verse, no de manera aislada, sino tomando en consideración todos los efectos que la misma pueda acarrear; y, entre otras cosas, por razones institucionales, la judicatura no dispone de medios para efectuar un control de esas consecuencias. Otra (dirigida contra concepciones “progresistas”

pero más bien ingenuas de la jurisdicción) consiste en recordar algunos datos poco discutibles: históricamente, como se ha visto, el activismo estuvo al servicio de una ideología política conservadora; y no hay razón para pensar que hoy no vaya a ocurrir lo mismo, puesto que, entre los miembros de la judicatura, en su conjunto, sigue predominando una orientación más bien conservadora que progresista. Además, los juicios morales, aunque tengan la pretensión de ser objetivos, son obviamente falibles; y esto es algo que ha de tener un peso considerable en favor de mostrar deferencias hacia autoridades políticas que (a diferencia de las judiciales) cuentan con un respaldo de tipo democrático. Y, en fin, si recurriéramos al principio de universalidad, me parece que muy pocos estarían dispuestos a aceptar las consecuencias que se producirían, si todos los jueces –o una parte significativa de los mismos– optaran por ser activistas, esto es, por no sentirse vinculados por el Derecho (lo que quiere decir, no sólo por sus principios y valores, sino también por sus reglas).

## NOTAS

<sup>1</sup> Vid. Keenan D. Kmiec, “The origin and Current Meaning of Judicial Activism”, 92 Cal. L. Rev. (2004), especialmente, p. 1452.

<sup>2</sup> Cito por la traducción de Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC, Madrid, 2006, p. 175-6.

<sup>3</sup> El título completo era *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, Paris, 1921.

<sup>4</sup> Vid. sobre esto Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, esp. p.94-5.

<sup>5</sup> Vid. Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 51-60.

<sup>6</sup> Sobre el caso puede verse el libro de Henrik López Sterup, *Protección judicial de los derechos sociales. El diálogo entre teoría y praxis*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2018.

<sup>7</sup> Aunque existía (se trata de un caso resuelto por el Tribunal de Apelaciones de Nueva York en 1889) una regla explícita que otorgaba al reclamante el derecho a recibir la herencia de su abuelo, el tribunal se lo negó basándose en que el nieto había asesinado al abuelo, y en la existencia de un principio implícito según el cual nadie puede obtener un provecho como consecuencia de un acto ilícito suyo.

<sup>8</sup> He desarrollado este punto en mi libro *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Pasos Perdidos, Madrid, 2013, capítulo quinto.



# EN EL CORAZÓN DE EUROPA: LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

PALOMA BIGLINO CAMPOS

## Los nuevos autoritarismos y la erosión de la independencia judicial

No corren buenos tiempos para el Estado de Derecho y, menos, para una de sus máximas garantías, esto es, la independencia del Poder Judicial. El objeto de estas líneas no es analizar sus avatares en España. No niego que en nuestro país haya problemas; pero, para completar la perspectiva, es conveniente contrastar nuestra experiencia con otros escenarios, entre los que destaca, sin lugar a dudas, el europeo. Y, en la Unión, la independencia del Poder Judicial ha adquirido un papel estelar al situarse en el centro de los valores proclamados por el art. 2 del Tratado de la Unión (TUE), esto es, del Estado de Derecho, de la democracia y del respeto a los derechos fundamentales.

Estas páginas recogen más datos que reflexiones. Si he optado por este camino, es porque muchos de los últimos acontecimientos que se han sucedido en la Unión no son bien conocidos por la opinión pública en nuestro país. Y, cuando han sido divulgados, los medios de comunicación no han puesto el acento suficiente, ni en el cambio

que introducen en la historia de la integración, ni en la decidida defensa que las instituciones europeas han asumido del Estado de Derecho, en general, y de la independencia del Poder Judicial, en particular.

El reproche más generalizado que, durante décadas, se ha formulado contra la Unión ha consistido en afirmar que dicha entidad estaba más preocupada por los mercados que por las personas. Desde que en 2008 estalló la crisis económica, este tipo de críticas se han exacerbado.

Para muchos, las políticas de contención del déficit no sólo han reducido la soberanía estatal y la capacidad de decisión de los ciudadanos, sino que, además, han distado de ser asépticas, porque han estado al servicio de los grandes grupos económicos y financieros, en detrimento de los poderes públicos democráticos. Habría que analizar con detalle, si estas críticas responden a la realidad, o si, en algunos países, fueron las autoridades nacionales quienes, escudándose en la Unión, tomaron decisiones que, en la práctica, se han traducido en un fuerte incremento de la desigualdad y de la pobreza. Lo cierto es que la reacción de la

opinión pública se ha focalizado en contra de la integración, a la que se culpa de la erosión que ha experimentado el nivel de vida y los derechos de los ciudadanos. Este descontento ha sido el caldo de cultivo de nuevas formas de autoritarismo que parecían erradicadas definitivamente de nuestro continente.

El modelo, que dista de ser nuevo, se caracteriza por la supremacía del poder ejecutivo, conseguida en procesos electorales donde la neutralidad de las instituciones no está garantizada, dado que los medios públicos, tanto reales como personales, se utilizan en favor de quienes ostentan el poder. En los comicios tampoco se respeta el pluralismo político, no sólo por los obstáculos que se imponen a la libre expresión de ideas por parte de la oposición, sino también por la influencia que el presidente ejerce, de forma directa o indirecta, sobre los medios de comunicación. El Ejecutivo se mantiene en el poder, limitando el control político que corresponde al Parlamento y restringiendo el control social que corresponde a los medios de comunicación. Ahora bien, para que el sistema fragüe completamente, es preciso un elemento más: eliminar el control jurídico, socavando la independencia del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional.

Es verdad que ésta no es la primera vez que ocurren hechos preocupantes en el seno de la Unión Europea. En el año 2000, los Estados miembros se vieron forzados a imponer medidas de bloqueo diplomático contra Austria, donde el partido del ultraderechista Haider había entrado en el gobierno. La concentración de medios de comunicación en la Italia de Berlusconi, la

expulsión de los Romaníes en Francia o el intento de deponer al presidente rumano al margen de lo dispuesto en la Constitución en 2012 fueron hechos graves, pero aislados. Ahora bien, nunca se habían producido unas amenazas a los valores de la Unión tan generalizadas y sistémicas como las que se están dando en Hungría y Polonia.

### **Preparando el camino: el Nuevo Marco para reforzar el Estado de Derecho**

La primera reacción de la Unión Europea en defensa de la independencia del Poder Judicial vino de un documento que, quizás, no ha suscitado el interés que merecía. Lo cierto es que, cuando la Comisión Europea elaboró el *"Nuevo Marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho"*, en marzo de 2014, no se esperaba que los acontecimientos siguieran el rumbo que después han seguido, ni se confiaba en que las instituciones europeas adoptaran la firme postura que después han adoptado.

En dicho documento, la Comisión atribuye a la independencia del Poder Judicial un papel nuclear para el correcto funcionamiento del Estado de Derecho. La institución europea reconoce que, a pesar de que el Estado de Derecho sea un denominador compartido por la Unión e integrante del patrimonio constitucional común de los Estados miembros, no existe una definición única ni una lista precisa de principios, normas y valores que le sean inherentes. Aun así, concreta su contenido a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos y, sobre todo, de las aportaciones de la Comisión de Venecia, entre las que destaca el *"Informe sobre el Estado de Derecho"*, aprobado en diciembre de 2011.

El *Nuevo Marco* subraya la importancia que el Estado de Derecho tiene en la construcción europea, por constituir el fundamento de la confianza mutua entre los ciudadanos y de las autoridades nacionales en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros. Constituye, pues, el presupuesto para que instrumentos como la orden europea de detención o el reconocimiento y la ejecución automáticas de las resoluciones en materia civil y mercantil dictadas por jueces nacionales sean efectivas en otros Estados. El texto de la Comisión Europea resume, además, las exigencias que son inherentes al Estado de Derecho, entre las que adquiere un papel relevante la tutela judicial efectiva e independiente.

A partir de este documento, la vigilancia sobre el estado de la independencia del Poder Judicial en los Estados miembros ha ido en aumento. En efecto, fue el eje principal de la Propuesta formulada el 20 de diciembre de 2017 por la Comisión para activar el art. 7.1 TUE por las vulneraciones que el Estado de Derecho ha experimentado en Polonia. Ha estado presente, también en la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2018, que activa el mismo procedimiento contra Hungría.

Es cierto que es difícil que cualquiera de estos procedimientos prospere. El art. 7 TUE es, como dijo Durão Barroso, una "opción nuclear" destinada a salvaguardar los valo-

res que proclama el art. 2 TUE. Pero es una garantía de naturaleza política, que puede ser decidida por los Estados miembros en el Consejo por razones de oportunidad. Cuando se trata de alertar del riesgo, precisa una mayoría de cuatro quintos de sus miembros; si es cuestión de apreciar no ya un peligro, sino violación de los valores del art. 2, que no sólo tiene que ser "grave", como en el caso anterior, sino además "persistente", la decisión debe ser tomada por unanimidad.

Aun así, las actuaciones de la Comisión y del Parlamento distan de ser testimoniales. Sirven, entre otros extremos, para dar a conocer las lesiones que el Poder Judicial ha experimentado en estos países y, sobre todo, para establecer el estándar común que la Unión Europea espera de los Estados miembros.

### **La activación del art. 7.1 TUE: las vulneraciones de la independencia del Poder Judicial en Hungría y Polonia**

Pero ¿qué había sucedido en Polonia y en Hungría para que las instituciones europeas dieran estos pasos, que pueden tildarse de históricos? El relato detallado de los hechos acontecidos en el primero de estos países lo hace la Comisión en su Propuesta antes citada. El texto es de fácil acceso, por lo que no creo necesario reproducirlo. Ahora bien, aunque sea muy brevemente, es preciso resaltar algunos de sus ejes centrales.

La Comisión observa que, en un periodo de dos años, se han aprobado más de 13 leyes consecutivas que afectan al sistema

judicial de Polonia en su conjunto. Las reformas del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunales ordinarios, Consejo Nacional del Poder Judicial, Ministerio Fiscal y de la Escuela Nacional de la Judicatura son, de por sí, preocupantes. Pero tomadas en su conjunto alcanzan el nivel de amenaza ya que, combinadas, amplifican el efecto negativo de cada una de ellas.

Siempre, según la Comisión, el elemento común de las reformas ha consistido en conferir al poder ejecutivo o al poder legislativo la posibilidad de interferir de forma significativa en la composición, las competencias, la administración y el funcionamiento de los órganos que se acaban de citar. Ponen, pues, en grave peligro la independencia del Poder Judicial y la separación de poderes, que son elementos fundamentales del Estado de Derecho.

Así ha sucedido, por ejemplo, con el Consejo Nacional del Poder Judicial, órgano que tiene un impacto directo sobre la independencia de los jueces por las funciones que le corresponden sobre ascensos, traslados, procedimientos disciplinarios y jubilación anticipada. La nueva normativa incumple, para la Comisión, las recomendaciones europeas sobre el tema, según las cuales, al menos la mitad de los miembros del órgano deben ser "*jueces seleccionados por sus homólogos*". A partir de la reforma, los quince vocales judiciales del Consejo pasan a ser nombrados por el Parlamento, sin que, además, existan garantías de que tengan siquiera el respaldo de los propios jueces.

La Comisión Europea advierte que este sistema puede dar lugar a una politización sustancial del Consejo Nacional del Poder

Judicial. Propicia, por ejemplo, que un juez, que deba dictar sentencia en un asunto delicado desde un punto de vista político, al tiempo que se postula para una categoría superior, sea proclive a favorecer la postura defendida por la mayoría política, con el fin de no comprometer sus posibilidades de ascenso.

La actuación del Parlamento Europeo con respecto a Hungría se asienta sobre presupuestos algo diferentes. En la Resolución de 18 de septiembre de 2018, la Eurocámara no sólo aprecia violaciones del Estado de Derecho, sino también de la democracia y del respeto a los derechos fundamentales. Aun así, las denuncias de las vulneraciones que ha experimentado la independencia del Poder Judicial siguen ocupando un papel destacado.

La Eurocámara denuncia los cambios que han afectado al Tribunal Constitucional, a la Jurisdicción Ordinaria y al Ministerio Fiscal en dicho país. Algunas de estas modificaciones, como la disminución forzosa de la edad de jubilación de jueces, notarios y fiscales, ya habían sido declaradas contrarias al Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia en noviembre de 2012, por constituir una discriminación en razón de edad. Otras reformas, como es la creación de la Oficina Nacional de Justicia, habían merecido las críticas de la Comisión de Venecia y del Grupo GRECO del Consejo de Europa.

La erosión de la independencia del Poder Judicial en Hungría ha tenido, pues, algunas características diferentes a las de Polonia. En el primero de estos países, las competencias del Consejo Nacional de Poder Judicial se han transferido a una nueva

institución, esto es, a la Oficina Nacional de Justicia que se acaba de mencionar y cuyo presidente es elegido por el Parlamento nacional. Para la Comisión Europea, la nueva entidad no puede considerarse un órgano de autogobierno del Poder Judicial y, por tanto, tampoco debería tomar decisiones acerca de aspectos tan cruciales como son transferir y asignar jueces, intervenir en la disciplina judicial o formular recomendaciones al jefe del Ejecutivo sobre el nombramiento o la destitución de presidentes de Tribunales.

Todavía es pronto para saber si, con el tiempo, las iniciativas de la Comisión contra Polonia y las del Parlamento Europeo contra Hungría para activar el art. 7.1 TUE llegarán a prosperar, o si el procedimiento seguirá a base de escarceos. Como se ha señalado antes, se trata de una garantía de naturaleza política, por lo que los representantes de los Estados en el Consejo decidirán acerca de la cuestión en función de sus propios intereses. No parece fácil que se alcancen las mayorías previstas en los dos párrafos del precepto, sobre todo cuando ya hay otros Estados que comparten la misma orientación que los afectados, por lo que están dispuestos a brindarles su solidaridad.

Ahora bien, aunque los procedimientos para poner en marcha el art. 7 TUE se retrasaran o no llegaran a prosperar, no cabe despreciar lo que se ha alcanzado. En efecto, los requerimientos acerca de la independencia del Poder Judicial formulados por ambas instituciones de la Unión pueden influir, como de hecho ya está pasando, en el control judicial.

## **Un nuevo actor en escena: el Tribunal de Justicia de la Unión**

El 25 de julio de 2018, el Tribunal de Justicia de la Unión dictó una Sentencia (C-216/18) cuya relevancia no cabe desconocer, sobre todo porque abrió el camino para un paso todavía más reciente, esto es, el Auto que ordena la suspensión de las leyes polacas que rebajaban la edad de jubilación de los magistrados de la Corte Suprema (C-619/18 R).

En la primera de estas decisiones, el Tribunal resolvió una cuestión prejudicial de urgencia, elevada por la *High Court* de Irlanda ante tres órdenes de detención europea dictadas por órganos jurisdiccionales polacos. Desde estas páginas no es posible tratar esta decisión con el detalle que merece. Conviene tan sólo señalar que, en su argumentación, la Propuesta de la Comisión de 20 de diciembre de 2017 para activar el art. 7.1 TUE contra Polonia adquiere un papel destacado. El Tribunal reconoce que los hechos constatados por dicha institución, entre los que destaca la ausencia de un control constitucional independiente y legítimo y las amenazas a la independencia del Poder Judicial ordinario son pruebas bastantes para acreditar la deficiencia sistémica o generalizada de vulneración de derecho a la tutela efectiva.

Es verdad que esto no basta para denegar la orden europea de detención, ya que es preciso que el alto Tribunal irlandés compruebe que la falta de independencia judicial afecta, concreta y precisamente, a la persona sobre la que recae la eurorden. Ahora bien, el planteamiento de la cuestión prejudicial da pie al Tribunal de Justicia

para explicitar la importancia del principio en la construcción europea y enumerar las exigencias que impone.

No hace falta explayarse demasiado para entender la primera de las cuestiones. El Tribunal de Justicia no sólo subraya que la independencia del Poder Judicial es una exigencia impuesta por el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sino que además resulta esencial para el buen funcionamiento de la cooperación judicial. La plena aplicación del Derecho de la Unión no sólo incumbe al Tribunal de Justicia de la Unión sino también a los órganos de las jurisdicciones nacionales, por lo que todo Estado miembro debe garantizar la independencia de estos últimos.

Acerca del contenido de la independencia del Poder Judicial, el Tribunal aclara que incluye dos aspectos. De un lado, en el plano externo, se concreta en autonomía, esto es, exige que el órgano judicial no esté sometido a vínculos de jerárquicos o de subordinación respecto a terceros. Debe, pues, estar protegido de injerencias o presiones, cualquiera que sea su procedencia. De otro, y de orden interno, la independencia se asocia a la imparcialidad, lo que impone equidistancia con respecto a las partes del litigio. Este aspecto exige el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea la aplicación estricta de las normas jurídicas.

Además, el Tribunal concreta los requisitos que hacen posible la independencia judicial y que incluyen, entre otros factores, la inamovilidad, un nivel de retribucio-

nes en consonancia con la importancia de las funciones que ejercen, la existencia de reglas referentes a la composición del órgano, el nombramiento, duración del mandato y causas de inhibición y cese de sus miembros. Además, para respetar la independencia, el régimen disciplinario que se aplique a los jueces debe presentar las garantías necesarias para evitar que se utilice como sistema de control político del contenido de las resoluciones judiciales.

La definición que el Tribunal de Justicia hace de la independencia de los jueces no es excesivamente novedosa, ya que coincide con la concepción que predomina en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional de muchos países europeos. Tampoco es la primera vez que el propio Tribunal se refiere a este asunto, sino que dicho órgano recoge varias afirmaciones que ya había realizado en sentencias anteriores. Ahora bien, si los datos no me engañan, es la primera vez que el Tribunal de la Unión define, de forma tan completa y sistemática, la independencia del Poder Judicial y los requisitos que impone. Es, también, la primera vez, que dicha institución pone tanto énfasis a la hora de resaltar el papel que dicho principio adquiere en la construcción europea.

La influencia de la Sentencia no se ha hecho esperar. Como antes se señalaba, el pasado 19 de octubre el Tribunal de Justicia, en otra decisión que carece de precedentes, adoptaba medidas provisionales con respecto a Polonia. Actuando con la urgencia que le demandaba la Comisión en su recurso, no sólo ordenaba a Polonia la suspensión de las disposiciones nacionales que obligaban a los Jueces al retiro forzoso, sino, además,

la adopción de las medidas necesarias para conservar en sus puestos a los actuales Magistrados, entre los que se encuentra su presidenta. Según el Auto, la exigencia de independencia de los jueces no sólo forma parte del derecho fundamental a un juicio justo, sino que, además, es inherente al Estado de Derecho proclamado en el art. 2.TUE.

La actuación del Tribunal de Justicia está resultando una auténtica sorpresa para quienes denuncian el carácter eminentemente económico de la integración. ¿Será que estamos asistiendo al tránsito de la Europa de los mercados a la Europa de los valores?



# CUANDO LA JUSTICIA NO LA DECIDEN LOS JUECES: LAS FORMAS NO JUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

LOURDES ARASTEY

## El conflicto y la respuesta al mismo

Se oye cada vez más hablar de mediación. Como sucede con mucha frecuencia, el uso del término se expande y populariza sin demasiada o nula reflexión sobre su contenido y alcance. Algo parecido ha sucedido con la conciliación de la vida familiar y laboral, de la que todo el mundo cree tener una idea clara y, no obstante, carece de definición legal.

Pues bien, es necesario precisar a qué nos referimos y descubrir cómo con ello estamos adentrándonos lisa y llanamente en el campo de la justicia. Mejor dicho, estamos dirigiendo nuestra atención al conflicto, a la discrepancia, al desencuentro y, ante la evidencia y estallido del malestar que genera, buscamos una solución que colme de la forma más perfecta posible los intereses en juego.

La expansión del uso indiscriminado del término mediación obedece, sin duda, a una necesidad esencialmente humana de salir al paso de lo que constituye una de nuestras esencias como seres sociales. El conflicto es consustancial a las personas, en tanto individuos que se desenvuelven en conexión e interrelación constante con los demás. De

ahí que lo que nos preocupe sea obtener la salida a cada una de las disputas en las que a diario estamos inmersos –consciente o inconscientemente–. A falta de vías previamente diseñadas y consensuadas, los seres humanos solventan sus conflictos bajo el único prisma del logro a ultranza de la satisfacción de sus intereses, usando todos los medios a su alcance. De no existir el Estado de derecho, que ofreciera los instrumentos para resolver la controversia y pusiera límites a la unilateralidad en la satisfacción de los derechos por la fuerza, la sociedad no hubiera pasado de su etapa primigenia, en la que los individuos no tenían otro modo de supervivencia que su constante posición de alerta y ataque.

La asunción por el Estado de la tarea de discernir en cada conflicto surgido entre los ciudadanos, dotándose del poder para ello, proscribiendo la fuerza y la violencia y asignando a un tercero, imparcial y profesionalizado, encarna una de las grandes conquistas de la humanidad y constituye el pilar esencial en el que se asientan las garantías democráticas de las sociedades avanzadas. El esquema funciona sobre la base de pactar democráticamente la ley por la que la socie-

dad se va a regir y residenciar en el poder judicial la solución de los conflictos partiendo de los dictados de dicha ley; nada más imparcial, ni más alejado de los personalísimos de los que entren en conflicto.

Como señaló Carnelutti, el conflicto como el fundamento esencial de la teoría general del Derecho. Pero ese modelo de organización parte de una concepción del conflicto como algo a eliminar en la medida en que el mismo se aparta de la ley que, ideal y genéricamente, señala el modo en que los integrantes de la sociedad deben actuar. Se queda fuera, no obstante, la esencia misma de muchos conflictos, porque el verdadero interés de las partes no suele ser exactamente aquél que se satisface a través de la aplicación de la ley.

Acudir al litigio genera una gran dosis de insatisfacción para las partes, aunque los juristas que intervengamos en ellos no estemos dotados para detectarla, ni, en todo caso, para paliarla. Incluso quien obtiene una respuesta favorable siente que algo le falta, porque, para cada parte del proceso, el conflicto es lo que ésta percibe como tal. No hay un solo conflicto, sino tantos como percepciones del mismo por cada uno de los afectados. Por tanto, difícilmente los litigantes verán representada su causa en lo que, al juridificar la controversia, resulta ser el objeto del proceso. Ya decía Calderón de la Barca por boca de Segismundo: *“Nada me parece justo en siendo contra mi gusto”* (*La vida es sueño*).

Esta constatación del limitado efecto “curativo” de la resolución judicial, desde la perspectiva de la pacificación social, ha llevado a explorar las posibilidades de ofrecer “más justicia” por la vía de reforzar el papel de las propias partes en conflicto en la

búsqueda de la solución al mismo; solución que a veces puede lograrse simplemente con la mera gestión del conflicto, aunque no se alcance un acuerdo que lo elimine absolutamente. Muchos conflictos interrelacionales, que acaban ante los tribunales, obedecen a problemas comunicativos que pueden ser re-conducidos por la mera escucha activa entre las partes.

Es ahí donde aparecen los llamados métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR –*Alternative Dispute Resolution*–), entre los que la mediación se alza como el mayor de sus exponentes. A través de la mediación, las partes, voluntariamente, deciden someterse a la intervención de un tercero (mediador) que, a diferencia del juez, ni ostenta poder alguno, ni va a adoptar decisión alguna; su papel se ciñe a la facilitación de la comunicación entre las partes, en torno a las características y circunstancias de la situación que les enfrenta, para que sean ellas las que atisben la salida al punto de confrontación en la que se encuentran.

La mediación pone el acento en la capacidad de las partes y refuerza su poder para gestionar aquello que, no sólo conocen con mayor fundamento que nadie, sino que verdaderamente les interesa. Y ese interés no es precisamente la aplicación de la ley por sí misma –de la que, por otra parte, tienen, lógicamente, interpretaciones distintas y contrapuestas–.

## **La mediación es un instrumento de justicia**

Ya en el año 1998, el Consejo de Europa (Recomendación nº 1 de 1998), en relación con los procedimientos sobre asuntos fami-

liares, divorcio y custodia de los hijos, señaló que la finalidad de la mediación no es sólo reducir la carga de trabajo de los tribunales, sino crear soluciones más aceptables para las partes y, en su caso, proteger de la mejor manera el bienestar de los hijos. También el organismo internacional pone de relieve la necesidad de que la mediación sirva en los procesos penales para reforzar la participación de víctima y agresor en el proceso (Recomendación nº 19 de 1999).

También la Unión Europea ha apostado por la mediación. Lo hace desde el Consejo Europeo de Tampere, de octubre de 1999, que dio lugar a la publicación posterior del Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (19 abril 2002), seguida de una propuesta de armonización legislativa en 2004, que condujo, finalmente, a la promulgación de la Directiva 2008/52, sobre mediación para asuntos civiles y mercantiles. A ella ha seguido la Directiva 2012/29, de normas mínimas sobre derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos, que introduce la justicia reparadora en ordenamiento jurídico de la Unión Europea y, por obligada transposición de la Directiva, en el de las legislaciones nacionales que habrán de acomodarse a aquélla, exigiendo que se faciliten mecanismos que permitan a la víctima y al infractor participar en la gestión del proceso. Finalmente, se dictó la Directiva 2013/11, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y el Reglamento 524/2013, sobre resolución de disputas on-line en materia de consumo.

Si aceptamos que algunos conflictos se pierden en el laberinto jurídico-legal, a través del cual, contrariamente al objetivo bus-

cado por el proceso, se agravan y se cronifican, convendremos también que aquel poder del Estado, diseñado para ofrecer la pacificación de las relaciones a los ciudadanos, debe necesariamente salir al paso de los efectos no beneficiosos que el propio litigio judicial puede tener en determinados casos. De nada sirve ofrecer una justicia que, por su complejidad y porque está diseñada para ser la última arma de solución, puede contribuir a aumentar el daño que el propio conflicto ha causado a través del incremento de los costes, de la dedicación de tiempo, energías, incertidumbre e inseguridad.

La justicia no se logra, si en ella no se acumulan las notas de eficacia y calidad. Por eso, si una justicia dispensada tarde puede no ser útil, tampoco lo es aquélla que no da satisfacción al conflicto real, por más que resuelva con arreglo a derecho el conflicto jurídico, dos vectores paralelos nunca plenamente coincidentes en términos procesales.

El acceso de todos los ciudadanos a la justicia es el reto primordial de una sociedad justa y debe abarcar algo más que el exclusivo derecho a obtener una resolución judicial que solvente la controversia. Tiene que implicar que los necesitados de su intervención puedan obtener las herramientas adecuadas para solventar su conflicto; y, muy particularmente, que todos esos instrumentos les sea ofrecidos por el Poder Judicial, como poder del Estado.

Ahora bien, no puede caerse tampoco en la trampa de construir un mundo paralelo en que los conflictos permanezcan ocultos a la ley y desarrollan su vida propia, mientras las estructuras judiciales no pueden cumplir su función de garantía porque se les escamotee el conocimiento de la situación.

La incorporación de los métodos alternativos de solución de conflictos sólo alcanza plenas garantías como sistema de justicia, si gozan de la conexión más absoluta con la preservación del derecho fundamental a los tribunales.

Existen situaciones en las que la utilización de la mediación –o de otros medios de solución de conflicto– puede confundir a la parte más débil, particularmente en materia de consumo cuando se llevan a cabo en entornos ajenos a los tribunales. Y es necesario, por tanto, advertir que no puede constituir un mecanismo de justicia aquel que no permite la supervisión sobre el respeto a los derechos fundamentales de los implicados, de modo especial el derecho al acceso a los tribunales, ni sobre la renuncia de derechos obtenida mediante insuficiente o errónea información, asesoramiento, y comprensión.

Estamos en un momento histórico en el que se ha abierto una importante reflexión

en la modernización del sistema de justicia, que obliga a incluir dentro de los juzgados y tribunales los instrumentos necesarios para que los ciudadanos que acuden a ellos puedan tener la posibilidad de utilizar esas vías no confrontativas de solución en aquellos casos en que las mismas se presenten como particularmente idóneas. El reto es construir ese entramado bajo el paraguas de la justicia, y ello implica, una vez más, exigir las dotaciones necesarias para que los maltrechos juzgados y tribunales ofrezcan la calidad que los ciudadanos razonablemente deben reclamar. No deja de sorprender que no se invierta en construir una estructura tan primordial como es la Administración de Justicia, y aún se sorprende más que no se desarrollen en su seno unidades de mediación, cuyo funcionamiento, además de completar el derecho a la tutela, redundaría en un abaratamiento de los costes de la Justicia misma.

# INGENIERÍA CONSTITUCIONAL Y CULTURA POLÍTICA EN EL GOBIERNO JUDICIAL

DIEGO ÍÑIGUEZ

## 1.

En el momento de dar a la imprenta la primera versión de este artículo, se encontraba avanzada en el Congreso la tramitación de una (nueva) reforma del sistema de gobierno del Poder judicial. *“Escribir en la incertidumbre obliga a una cautela que atenúe la sentencia de Julius von Kirchmann sobre el efecto de tres palabras del Legislador sobre bibliotecas enteras. Si no encalla a última hora”,* arrancaba el texto, *“su contenido justifica un análisis de los pesos respectivos de la ingeniería constitucional y la cultura política en la configuración del Consejo General del Poder Judicial, uno de los órganos constitucionales de trayectoria más desdichada en los ya cuarenta años de una Constitución Española que alcanza con ellos una edad adulta generalmente bien llevada”.* La prudencia estaba justificada: con el artículo ya en las prensas –si se siguen utilizando prensas de imprenta– ha saltado por los aires el acuerdo entre los dos partidos mayores que han decidido cada renovación del Consejo desde 1985. Y, con el acuerdo, posiblemente haya saltado también la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que volvía a un

modelo anterior, menos malo, de Consejo e introducía una muy necesaria obligación de objetivas y motivar sus nombramientos. El episodio no modifica, sin embargo, el punto de partida de este análisis: las vicisitudes del CGPJ y el gobierno judicial son una excelente muestra para estudiar empíricamente la relación entre la ingeniería constitucional y la cultura política en la España de los siglos XIX a XXI.

## 2.

La Constitución de 1978 quiso cambiar la relación tradicional entre los poderes ejecutivo y judicial mediante un Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), un órgano de gobierno autónomo y de rango constitucional para, en palabras del Tribunal Constitucional, *“apartar al Gobierno de algunas de las funciones que más pueden servirle para tratar de influir sobre los Tribunales. De un lado”,* razonaba la sentencia 108/1986, *“el posible favorecimiento de algunos jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con las inspecciones y la imposición de sanciones. La finalidad (...) es, pues, privar al Gobierno de esas funcio-*

nes y transferirlas a un órgano autónomo y separado” y así ayudar a garantizar la independencia de cada juez o tribunal en sus funciones.

El Consejo, importado de la Constitución italiana de 1947 por razones y con limitaciones que explica Perfecto Andrés Ibáñez en su trabajo en este mismo número, debía respaldar la independencia de los jueces frente a intromisiones concretas y ayudar a crear condiciones favorables, al actuar sobre el modelo orgánico que enmarca y condiciona el trabajo de los jueces<sup>1</sup>, favorecer un cierto margen de participación en la política judicial y difundir una cultura de la independencia judicial, con ayuda de las asociaciones judiciales.

### 3.

Desde su origen, el CGPJ ha conocido tres modelos sucesivos para la designación de sus integrantes y su articulación y funcionamiento internos: los de 1980, 1985 y 2013. Y otras dos modificaciones sustanciales, en 1994 y 2001. Cada uno ha afectado a la forma de elección de sus integrantes, a sus competencias (máximas con la reforma de 1994) y al papel en torno a él de las asociaciones judiciales.

Cada modelo ha presentado problemas, unos derivados de su propia dinámica institucional y otros del escenario político en el que ocurría. Ha habido Consejos más y menos conflictivos internamente o en sus relaciones con los sucesivos ministerios de Justicia; los ha habido que han empezado y terminado puntualmente su mandato y otros que han visto extendido el suyo durante años después del final legalmente establecido.

Ninguno ha tenido éxito.

Las páginas siguientes intentan justificar esa valoración, señalar algunas de las causas y proponer algunas soluciones, porque, como ha escrito Alejandro Nieto, es obligación del jurista proponer soluciones a los problemas de los que se ocupa, sin dejar esta tarea solamente a los actores políticos<sup>2</sup>.

Pensar que podían lograrse fines tan ambiciosos con la mera creación de un órgano –con la estructura anticuada y el funcionamiento complejo de los viejos consejos del Antiguo Régimen– revela un cierto exceso de optimismo constituyente. Porque el Consejo es también un centro de poder, que administra el acceso a las posiciones de gobierno y de máximo relieve jurisdiccional y despierta por ello el apetito de aquellos. Pero, además, cada uno de los modelos sucesivos de organización y de elección de sus integrantes ha merecido críticas.

El primero, regido por una ley orgánica de 1980, dejaba la elección de los doce que deben ser jueces de todas las categorías a los propios jueces y magistrados. La mayoría conservadora de la única asociación judicial existente entonces copó los nombramientos y convirtió este primer Consejo en un instrumento corporativo de reivindicación altiva, pero poco productiva, frente al Gobierno.

En el segundo, desde 1985, el Congreso y el Senado pasaron a designar a sus veinte integrantes. Su composición ha reflejado así la de las cámaras –aunque con un desfase, porque sus mandatos no coinciden– y ha convertido al Consejo en varios momentos en un teatro secundario o un instrumento de la confrontación política general.

Al mal resultado del modelo de 2013, se hace luego una referencia extensa. Pero merece la pena detenerse antes en las razones que inspiraron el modelo de 1985, porque la reforma aprobada en primera votación por el Congreso de los Diputados en octubre de 2018, que en acabando noviembre parece de aprobación final incierta, suponía en lo esencial un regreso a él. Las recoge el debate abierto el 27 de octubre de 1984 por el entonces diputado al Congreso Juan María Bandrés, con su enmienda número 25 al artículo 124 del proyecto de ley orgánica del Poder Judicial.

#### 4.

El debate en torno a la que vino a ser la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), de 1 de julio de 1985, había estado dominado por dos cuestiones: la disminución de las competencias del Consejo y el adelanto de la edad de jubilación desde los setenta y dos a los sesenta y cinco años, una medida que llevó a renovar, durante los siguientes cinco años, a las tres cuartas partes de los integrantes del Tribunal Supremo<sup>3</sup>. La recepción de la enmienda del diputado Bandrés abrió una tercera, de mayor alcance teórico: si trasladando a las cámaras legislativas la designación de los doce vocales de procedencia judicial sería mayor la legitimación democrática del Consejo.

El proyecto de ley enviado al Congreso por el Gobierno no incluía ese cambio. El ministro de Justicia, Fernando Ledesma, mantuvo en su discurso de presentación el sistema de elección “por y entre” los miembros de la judicatura<sup>4</sup>. Cuando la mayoría socialista acogió la enmienda del diputado Bandrés se inició un fuerte enfrentamiento: el ministerio

de Justicia valoró el cambio como un “progreso democrático”; el Consejo (aún activo el de 1980) consideró que suponía “*un inadmisibles paso atrás y una clara restricción de la independencia judicial en su ámbito de gobierno*”. La Exposición de motivos explicó la modificación como una consecuencia del “*principio democrático, partiendo de la base de que se trata del órgano de gobierno de un Poder del Estado, recordando que todos los poderes del Estado emanan del pueblo y en atención al carácter de representantes del pueblo soberano que ostentan las Cortes Generales (...). La exigencia de una muy cualificada mayoría de tres quintos (...) garantiza, a la par que la absoluta coherencia con el carácter general del sistema democrático, la convergencia de fuerzas diversas y evita la conformación de un Consejo General que responda a una mayoría parlamentaria concreta y coyuntural*”.

El editorialista de *El País*, en aquellos tiempos habitualmente cercano a las posiciones del Gobierno socialista, cuestionaba el sistema de elección de los vocales ya medio año antes de este debate: “*ni siquiera es seguro que la designación de los doce miembros pertenecientes a la carrera judicial deba ser realizada forzosamente por sus compañeros de cuerpo*”. El sistema mayoritario de elección, que daba la mayoría absoluta a los magistrados conservadores, impedía el pluralismo del órgano y entorpecía su “*democratización*”, mediante “*la constitución de una especie de Estado dentro del Estado —o un grupo de presión institucional— con casi absoluta autonomía presupuestaria, potestad reglamentaria, un estatuto funcional excepcional y control sobre el personal auxiliar*”. Una reforma debía procurar el

pluralismo en el gobierno del poder judicial, la democratización de éste y de la carrera –incorporando, con los nuevos jueces, valores sociales más al día– y la mejora del servicio prestado, pues *“la lentitud achacable a la falta de medios lo es también al absentismo laboral de muchos jueces”*.<sup>5</sup>

La enmienda fue acogida con entusiasmo por el Grupo Socialista. Frente a los *“riesgos inherentes a los sistemas basados en la cooptación corporativa”*, el nuevo, con la mayoría de tres quintos, *“obligaría a los grupos al consenso e impediría una designación sesgada por las simpatías políticas”*. La independencia de los vocales se vería asegurada por la prohibición de pertenecer a partidos o sindicatos y su mandato de cinco años. El propio Bandrés explicaba, años más tarde, que sus objetivos eran tan bienintencionados como optimistas: reforzar la independencia de los vocales, gracias al *“respaldo más noble y poderoso que pueda concebirse en democracia: el del propio pueblo a través de sus exclusivos y legítimos representantes”*. Y que su enmienda *“hizo tilín”* [sic] *“al PSOE, sobre todo al entonces presidente de la Comisión de Justicia e Interior, Pablo Castellano. También gustó al ministro de Justicia, Fernando Ledesma”*<sup>6</sup>. No, en cambio, a la APM, que invitó *“al pueblo español a tomar conciencia”* de que el nuevo sistema sería *“atentatorio contra el estado social y democrático de Derecho”* y anticipó que la nueva fórmula *“rebajaría al CGPJ a una condición políticamente partidista, con la consecuencia de que el partido dominante en cada momento lo será, a su vez, en el Consejo, del mismo modo que en el Gobierno”*.

Seis años más tarde, el entonces eurodiputado Bandrés explicaba su decepción con

el resultado efectivo del cambio: *“Lo que sí tengo que confesar es que entonces no pensaba yo en la capacidad de algunos partidos políticos para subvertir todo lo que tocan. Y eso, con independencia de que entonces les gustara o no la enmienda y la aprobaran o votaran en contra. La exigencia de mayorías cualificadas era una estricta invitación al consenso democrático para designar a los mejores. Nada tiene que ver con este grosero y ramplón reparto de la tarta del poder judicial, incluida la guinda presidencial.*

*Yo aseguro que cuando defendí la enmienda pensé sinceramente en libertad, en independencia judicial, en Justicia con mayúscula, en equilibrio, en soberanía popular y, sobre todo, en el pobre justiciable, que siempre espera. Yo pensé en los grandes principios en cuya defensa me he movido y pienso seguir moviéndome. Pensé incluso –quiero ser sincero hasta el final– en aquel consejo general de entonces, notoriamente escorado a la derecha...*

*Pero nunca pensé en el señor Martín Toval oficiando de cocinero mayor del Parlamento. Aunque votasteis en contra de aquella enmienda de Bandrés y no os lo merezcáis, esto para ti, Rato. Ésta es tu parte, Roca. Esto para ti, Caso. Aquí está lo tuyo, Anasagasti. Lo siento, para ti nada, Sartorius, por malo. Los del Mixto, como siempre, castigados sin postre. ¡Ah!, y no os olvidéis: presidente, don fulano de tal, y si no, no hay tarta.*

*Esto no tiene nada que ver con lo que diseñamos política y jurídicamente entonces. (...) En el Congreso se ha pervertido el sistema, cayendo en un inadmisibles reparto de puestos y mercadeo de compromisos que nada tiene que ver con la configuración político-constitucional del consejo.*

*Me queda una esperanza. He leído la lista de los propuestos. Veinte puestos y 20 candidatos. No habrá debate. La elección será automática. No conozco a todos. Algunos me merecen especialísima consideración y confianza.*

*Estoy seguro de que, al menos algunos de estos hombres y mujeres, libres e independientes, van a saber recordar esa condición a sus propios electores a partir del momento mismo de su elección”.<sup>7</sup>*

En la decepción de Bandrés está todo: el objetivo de reemplazar a la alta magistratura, la *lottizzazione* en la elección de los vocales y en el desempeño posterior de éstos... y la esperanza: que alguno de esos nuevos vocales decidan actuar conforme a su condición de personas libres e independientes.

## 5.

La valoración negativa del CGPJ es la consecuencia de dos análisis: uno, sobre el modo en que se produce su integración, a partir de la proporción de fuerzas en las cámaras, y del reflejo de esa composición en los nombramientos de los cargos judiciales; y otro, sobre su (escasa) eficacia frente a las amenazas a la independencia de jueces y tribunales.

Para analizar empíricamente esa eficacia es preciso distinguir entre distintos tipos de conflictos. En los internos del sistema judicial –por incumplimientos profesionales, corrupción, de organización del trabajo con repercusión en servicio público– el Consejo suele pronunciarse razonablemente, aunque con velocidad proporcional al interés que muestran por ellos los medios de comunicación.

En los que afectan sustancialmente a la independencia de jueces o tribunales –sobre los límites de la crítica a las resoluciones, procesos con un elemento político, legislación controvertida, corrupción de altos cargos, abuso de poder, financiación irregular de partidos, en torno al control de los poderes de la policía o los servicios secretos, o ante peticiones de apoyo de jueces frente a críticas o presiones– sus intervenciones son casi siempre tardías, muchas veces puramente rituales y casi siempre ineficaces<sup>8</sup>.

Los órganos judiciales han resistido eficazmente las presiones y han resuelto procesos tan difíciles como los que persiguieron el empleo de medios ilícitos contra el terrorismo, las escuchas ilegales de los servicios secretos, la financiación irregular de los partidos políticos, la corrupción de altos cargos, los delitos de terrorismo o la ilegalización de las asociaciones y los partidos afines a los grupos terroristas. Pero es dudoso que el Consejo haya contribuido a esa resistencia de manera significativa.

El Consejo sirve de poco al juez que se ve en la vorágine de un caso político o morbosos (quizá porque no tiene medios, pero tampoco ha logrado establecer su autoridad). Y ha alimentado la impresión de que el conjunto de los jueces y tribunales está politizado, injustamente, por el sistema de nombramiento de los cargos judiciales –presidentes de audiencias y tribunales superiores de justicia, de magistrados del Tribunal Supremo y sus presidentes de sala–, con criterios poco transparentes o deficientemente motivados. Tampoco ha facilitado la extensión de una “cultura de la independencia judicial”, ni el avance hacia la “maduración” de la que debe resultar una mayor independencia.

Como consecuencia, en vez afirmarse como institución con el paso del tiempo, ha perdido su crédito ante los otros poderes y entre los destinatarios de su actuación.

## 6.

La Ley Orgánica 4/2013 modificó de nuevo el CGPJ, radicalmente, utilizando su ineficacia anterior para justificar un vaciamiento de sus competencias y un proceso de concentración de poder, especialmente en su presidente. El Consejo resultante, que inició su mandato en diciembre de 2013, ha sido menos plural, dudosamente colegial, con un predominio absoluto de su presidente y de la mayoría, vocales de distintas categorías y menos poderes para cumplir su función constitucional: ha perdido de nuevo la autonomía económica, la parte sustancial de su poder reglamentario, el control de su acción internacional y otras competencias que le había devuelto la reforma de 1994.

Bajo este régimen, el Consejo ha dejado de ser el órgano colegiado que quiso establecer la Constitución. Sus poderes se han concentrado en una comisión permanente de siete miembros, más el presidente, los únicos con dedicación y sueldo completos. La mayoría de los vocales solo asiste al pleno, sigue entretanto haciendo sus trabajos, cobra unas dietas y tiene menos tiempo y peores condiciones para estudiar y seguir las cuestiones abiertas o plantear iniciativas.

La reforma se ha querido justificar por su "austeridad": el nuevo modelo de Consejo, dicen sus defensores, es austero porque ha dejado sin sueldo a las dos terceras partes de sus vocales. Sin embargo, el fin de una institución o una política pública no es gastar

poco, sino ser eficaz invirtiendo unos recursos públicos proporcionados. La eficiencia es relativa: evalúa el coste en relación con la eficacia. La reforma no ha reducido la estructura del Consejo, ni su personal, e incluso ha añadido cargos nuevos. En todo caso, argumentar que el modelo es más barato no es muy convincente: lo barato sale caro si no cumple su función.

El cambio esencial ha sido que el Consejo ha pasado a nombrar por mayoría simple (en vez de por la cualificada precisa anteriormente) a los magistrados del Tribunal Supremo, a los dos del Constitucional que le corresponden y a los cargos judiciales. Que las decisiones importantes dejen de tomarse por mayoría cualificada no simplifica su funcionamiento, como decía la exposición de motivos de la LO 4/2013: lo que asegura es que la mayoría pueda decidir sobre todos los nombramientos sin tener que negociar con la minoría, acabando con un cierto equilibrio, si no pluralista, sí al menos dualista. Y, efectivamente, durante el mandato del Consejo que ahora expira, se ha renovado la mitad de los magistrados del Supremo y resuelto sobre la continuidad o renovación de los presidentes de todos los tribunales superiores.

La reforma de 2013 no ha incorporado ningún avance en la transparencia o la motivación de sus decisiones que facilite el control del uso que hace de sus poderes, mediante una explicación sobre las razones por las que es conforme con el ordenamiento y preferible a las alternativas.

Tampoco ha creado mecanismos nuevos que lo hagan más efectivo para defender a los jueces concretos que necesiten su ayuda. Pero sí un "promotor de la acción discipli-

naria” para los procedimientos sancionadores contra los jueces, cuyo desempeño ha merecido críticas y llevado a la dimisión del primero.

La práctica eliminación de la colegialidad del órgano mueve a preguntarse por las razones de su intenso presidencialismo, que no se deduce de la configuración constitucional del Consejo, ni ha sido la experiencia anterior del órgano, ni siquiera cuando lo presidieron personalidades con la talla intelectual y jurídica de Federico Carlos Sainz de Robles o Antonio Hernández Gil. Encaja difícilmente con la configuración constitucional de un colegio numeroso, que refleje la pluralidad ideológica de los profesionales jurídicos y de la sociedad. Y resulta poco coherente en un órgano cuyo fin esencial garantista, no de gestión.

## 7.

El proyecto de reforma aprobado por la Comisión de Justicia del Congreso el 24 de octubre de 2018 merecía una valoración positiva por su contenido, aunque llamaba la atención por su procedimiento. El fenomenal escándalo que ha acabado con el acuerdo paralelo para renovar el Consejo de 2013 al vencimiento de su mandato, en diciembre de 2018, probablemente retrasará y puede modificar o acabar con un cambio que, por una vez, era indudablemente para bien.

En sustancia, la reforma suponía un regreso al sistema de 1985. La voluntad de acabar con el sistema presidencialista y regresar al funcionamiento colegial del Consejo era patente en la eliminación de la distinción entre vocales con dedicación plena y a tiempo parcial: todos volvían a desarrollar

su actividad con dedicación exclusiva, con las consecuencias retributivas y las incompatibilidades correspondientes.

En el proyecto aprobado por el Congreso, el Pleno volvía a ser el órgano decisivo del Consejo: en particular, para nombramientos y promociones que impliquen algún margen de discrecionalidad o apreciación de méritos, pero también porque recuperaba la competencia residual que había pasado en 2013 a la Comisión Permanente y establecía un recurso de alzada frente a los acuerdos de ésta.

En relación con las comunidades autónomas, el proyecto recuperaba la designación de “vocales territoriales” para atender a las necesidades de cada una y reconocía al Consejo una competencia de informe sobre leyes de CCAA. Pero separaba al Consejo de las decisiones sobre personal en las oficinas judiciales, eliminando su informe previo sobre las modificaciones de las relaciones de puestos de trabajo y creando, dentro de la Conferencia Sectorial de Administración de Justicia, una comisión de recursos humanos para la cooperación en materia de personal entre el Ministerio y las comunidades autónomas.

La reforma preveía la posibilidad de que los vocales deban comparecer ante la Comisión de Justicia del Congreso si son llamados al menos por dos grupos. Reforzaba las obligaciones de paridad. Y obligaba a los vocales a hacer una declaración de bienes e intereses con arreglo a la legislación de altos cargos.

Una novedad que hubiera sido –o aún puede ser: la cautela sobre el fin del proyecto obliga a dejar abierta también una

posibilidad de que acabe aprobándose— crucial para la legitimación del sistema de nombramientos y el trabajo colegial del propio Consejo era la obligación detallada de objetivación y motivación de los nombramientos de la propuesta de nuevo art. 326. El texto del 24 de octubre decía que las bases de las convocatorias para proveer las presidencias de audiencias, tribunales superiores de justicia y Audiencia Nacional y presidentes de sala y magistrados del Tribunal Supremo deberán ser publicadas en el BOE y establecer de forma clara y separada cada uno de los méritos que se vayan a tener en consideración, diferenciando las aptitudes de excelencia jurisdiccional de las gubernativas, y los méritos comunes de los específicos para cada puesto. En la convocatoria se detallará pormenorizadamente la ponderación de cada uno de los méritos en la valoración global del candidato. Los aspirantes comparecerán en condiciones de igualdad y audiencia pública para explicar sus propuestas. A su vez, las propuestas de nombramiento que se eleven al Pleno deberán estar motivadas y consignar individualmente la ponderación de cada uno de los méritos de la convocatoria, una evaluación de conjunto de los méritos y la capacidad e idoneidad del candidato y una valoración de su adecuación a la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Se trata de obligaciones legales que requerirían un esfuerzo de objetividad y de justificación de las decisiones, facilitarían su control por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con la peculiaridad de que en ese control tendrán un papel esencial el hasta ahora presidente del Consejo, que vuelve a ella, y los magistrados nombrados con su

activa participación, empezando por el presidente de la Sala. Si los nuevos vocales del Consejo, elegidos puntualmente al terminar el mandato del de 2013 o cuando y con el sistema que establezca un acuerdo que suceda al abruptamente fracasado en noviembre de 2018, reúnen las capacidades de cooperación y la humildad que requiere un trabajo colegial como el que deberían llevar a cabo, pudiera reducirse decisivamente el riesgo de clientelismo político, ideológico o social en los nombramientos.

## 8.

Del procedimiento parlamentario llamaban la atención el gran apoyo alcanzado por la propuesta en la fase inicial de la reforma y la discreción (o escasa transparencia) con que se había tramitado. Seguramente, el primero obedecía a la segunda, en el extraño clima político en que ocurría. Pero lo cierto es que en la primera votación en el Congreso, el proyecto obtuvo 294 votos a favor (del PSOE, el PP, Podemos, PNV y Compromís), con la abstención de ERC y el PDeCat y el voto en contra de Ciudadanos.

Que el partido decisivo para la reforma de 2013 apoyara activamente su modificación, tras un solo mandato, quizá explicara también la discreción en la explicación de las razones del cambio: la memoria de la Comisión de Justicia que eleva al Pleno la ponencia de la reforma, de 24 de octubre de 2018, dice escuetamente que *“por su parte, esta Ley Orgánica también acoge aquellas reformas que se consideran adecuadas a fin de que el órgano plenario del Consejo General del Poder Judicial encarne más fielmente las funciones que el artículo*

*122 de la Constitución encomienda a aquel Consejo General.*"

Quizá haya tenido parte también la voluntad de llevar a término la reforma antes o cerca de la renovación del Consejo elegido en 2013, que expira el 4 de diciembre. Y puede no serle ajena la dificultad de explicar un acuerdo profundo entre actores políticos tan diversos, en un clima político que, a juzgar por sus manifestaciones más ruidosas, no parecía favorecerlos. Con cierto optimismo, podía incluso pensarse que las críticas académicas y en los medios al sistema de 2013 y las alternativas ofrecidas hubiera llegado a las instancias decisivas y facilitado ese acuerdo.

También es cierto que las consecuencias de establecer un sistema más objetivo para los nombramientos eran distintas para los grupos mayoritario y minoritario del Consejo saliente: el primero ha contado con cinco años para sustituir a cargos relevantes (como el presidente de la Sala Tercera) y renovar, gracias al adelantamiento de la edad de jubilación, a una proporción significativa del Tribunal Supremo, en un proceso que recuerda al de 1985.

El abrupto fin del acuerdo para renovar el Consejo, en la última semana de noviembre de 2018, muestra como pocos ejemplos la dificultad para llegar a acuerdos en el reflejo parlamentario de un sistema de partidos en transformación, si no en el modo de ejercer sus poderes, sí, al menos, en cuanto a los sujetos y sus fuerzas relativas. Una sucesión de filtraciones que parecen provenir del proverbial "fuego amigo" han hecho saltar por los aires un acuerdo sobre quiénes iban a ser los vocales de un Consejo renovado en el plazo legal: si aciertan los medios, que han

ido contando el contenido y los cambios en el acuerdo y han retransmitido en directo su estallido, once a propuesta del PSOE –recogiendo a algunos del gusto de Podemos– y nueve a propuesta del PP, que proponía a cambio a un presidente de su agrado para que fuera elegido en la primera sesión del Consejo, en una conjugación no desconocida del futuro del subjuntivo.

## 9.

Tras la experiencia del Consejo de 2013, el proyecto de reforma de 2018 merecía una valoración positiva. Volvía en lo esencial al modelo de 1985, pero los intensos requisitos legales de objetividad y motivación podrían –o pudieran, el tiempo verbal debe conjugarse con muchas cautelas en la ingeniería constitucional realmente existente en España– haber tenido consecuencias insospechadas. Aunque, por supuesto, lo relevante hubiera sido la práctica. Y la clave de ésta, el acierto en la selección de los vocales y el compromiso de éstos con los valores constitucionales de mérito y capacidad, igualdad y pluralismo.

En la articulación del Consejo con los demás actores constitucionales, no dejaba dudas sobre la preeminencia del Poder Legislativo (y del Ejecutivo, en lo que se refiere a los candidatos propuestos por el grupo parlamentario que sostiene al Gobierno) en la integración del órgano. El peso de las asociaciones judiciales ha descendido: en la propuesta, porque apenas la mitad de los candidatos a vocal en la renovación hayan sido presentados por tres de ellas; y en el acuerdo publicado por los medios, porque no aparecía ninguno de los propuestos por una; y entre los integrantes de otra, eran más

los que se habían presentado independientemente, con el aval de otros jueces, que los presentados por la asociación, lo que refleja una evidente crisis de representación y, seguramente, de confianza en los dirigentes y negociadores de aquella.

## 10.

El contexto de estos avatares sigue siendo el de las consecuencias de la crisis y la práctica paralización de la inversión en justicia desde hace diez años. Los informes de la Comisión Europea sobre los sistemas de justicia de la Unión Europea no dejan al sistema español en un buen lugar. En el de 2014, España se encontraba entre los Estados miembros con más casos civiles y mercantiles pendientes de sentencia; ocupa las últimas posiciones en inversión en justicia y número de jueces por habitante; y su sistema jurisdiccional se encuentra entre los percibidos como menos independientes por los empresarios (el estudio no ofrece el dato de la percepción de los trabajadores)<sup>9</sup>. Cuatro años más tarde, la situación no ha cambiado.

Los juzgados españoles tienen un problema de organización, otro de volumen de trabajo. *“El número de profesionales es francamente insuficiente; la estadística, generalmente, aplastante; y la infraestructura burocrática permanece en sus constantes galdosianas, tan castizas como inoperantes. Tal conjunto de factores contribuye, además, a proyectar sobre los jueces una presión social y mediática difícil de soportar”*.<sup>10</sup>

Jueces y magistrados sufren las consecuencias de la crisis, como la mayoría de

los oficios públicos: de modo inmediato, por las rebajas y la congelación salariales; el incremento de la carga de trabajo, que ha crecido a la vez que descendía el número de jueces por el despido de buena parte de los sustitutos y los magistrados suplentes; y la paralización de unas incipientes políticas de salud laboral. De modo general, por el oscurecimiento de las perspectivas de la clase media a la que pertenecen. El malestar de los jueces<sup>11</sup> permanece. El 22 de mayo de 2018, un 65% de ellos siguió una huelga en protesta por la falta de respuesta del ministerio de Justicia a sus reivindicaciones, expuestas por las cuatro asociaciones judiciales y las tres de fiscales. El 19 de noviembre, una segunda huelga ha tenido un seguimiento semejante, aunque ahora encabeza el ministerio del ramo una dirigente de una de las asociaciones de fiscales convocante de las dos.

El contexto presenta un problema nuevo: el número preocupante de jueces en regímenes de provisión no permanente, ni claramente reglados, en probable contravención del principio del juez ordinario predeterminado por la ley y del de inamovilidad como garantía de la independencia. La reforma de 2018 introduce algunos retoques a la regulación que lo permite, pero no lo resuelve.

El contexto político en que se produce la reforma es, en fin, el de una exposición del Poder judicial con una intensidad nunca vista desde la recuperación del sistema constitucional, con decisiones ya recaídas o pendientes en numerosos procesos sobre corrupción con elementos políticos y cercano el que juzgará a los cargos públicos de la Generalidad y el Parlamento de Cataluña acu-

sados de rebelión, sedición, malversación y desobediencia por los sucesos del otoño de 2017.

El Estado de la globalización se enfrenta a un doble reto: demostrar que sigue siendo eficaz para proteger a sus ciudadanos de las consecuencias de la deslocalización del trabajo, la desregulación de los movimientos de capitales y la nueva concentración del poder en las corporaciones transnacionales, asegurándoles las condiciones no sólo de supervivencia establecidas por las constituciones del estado social y democrático; y que es capaz de protegerse a sí mismo de sus dirigentes extractivos y sus extensas clientelas, mediante un sistema de depuración de la ilegalidad que le permita conservar el prestigio imprescindible para legitimar su poder.

La función del Consejo General del Poder Judicial en este proceso es limitada, pero no desdeñable. En la actualidad, no solamente no contribuye a reforzar la independencia de los concretos jueces y tribunales en el ejercicio de sus funciones, sino que desmoraliza y sume en el malestar a la gran mayoría de ellos y erosiona su legitimación ante una opinión pública crecientemente consciente de la realidad. La crisis en torno a la decisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre el sujeto tributario del IAJD generado por las hipotecas, en las semanas previas a la renovación debida en diciembre de 2018, será decisiva para el juicio sobre el Consejo de 2013.

## 11.

Que la realidad del modelo español de gobierno y garantía de la independencia del poder judicial haya resultado tan distinta a

lo que quisieron los constituyentes resulta, seguramente, lamentable; pero no gratuito, ni casual: *“los hombres hacen su propia historia, pero no la hacen con materiales nuevos, ni en circunstancias elegidas por ellos, sino bajo las directamente encontradas, las recibidas y las transmitidas del pasado. La tradición de todas las generaciones muertas pesa como una pesadilla en la mente de los vivos”*.<sup>12</sup>

La causa de la permanente crisis de identidad del Consejo se encuentra en la realidad del sistema político en su conjunto: en la mejorable calidad de una cultura democrática lastrada por la falta de transparencia, el corporativismo (también político), la falta de pluralismo y el deficiente liberalismo. La cultura política del país se traslada al mundo judicial. Y frente a ella no es fácil que operen milagros estructuras importadas o adoptadas con más intuición que reflexión.

El desempeño real del Consejo ha demostrado que establecer un órgano específico no es suficiente por sí sólo. Y la experiencia comparada permite concluir que esa solución institucional tampoco es la única posible. Para garantizar el ejercicio independiente de la función jurisdiccional, lo decisivo es un estatuto jurídico adecuado, que se aplique rigurosa y eficazmente. Qué órgano lo haga es secundario, aunque no irrelevante. Establecer un Consejo ha sido un intento bienintencionado y, como juzga Andrés Ibáñez en estas mismas páginas, *“la extracción del gobierno de la magistratura del marco propiamente jurisdiccional, y el hecho de que el estatuto del juez está entre nosotros legalmente garantizado en términos razonables, han posibilitado un apreciable desarrollo de la dialéctica demo-*

cracia política/administración de justicia". Pero pensar que con su mera instauración sería posible cambiar una cultura literalmente secular de sometimiento al (o de control por) el poder ejecutivo revela una notable ingenuidad. Una transformación semejante no puede producirse *"directamente por una ley o una Constitución, porque el espíritu de independencia no puede formarse más que de un modo esencialmente espontáneo, por efecto de las circunstancias en que el juez opera, de su formación cultural y de su calidad personal"*.<sup>13</sup>

La posibilidad de regeneración del Consejo depende, en fin, del *factor humano*: de que quienes desempeñan cargos representativos asuman comportamientos de independencia y dignidad y ejerzan sus poderes con lealtad a los fines constitucionales, cumpliendo las obligaciones que razonablemente llevan aparejados. Depende de que en una futura configuración del Consejo se reúna un número suficiente de vocales que cobre conciencia de que su cargo es para servir

a un fin constitucional y no a estrategias de poder: del pequeño poder que se invierte en un nombramiento concreto y del gran poder que quisieran los alquimistas que buscan un control del poder jurisdiccional tan elusivo como la piedra de antaño. Y de que obren en consecuencia, aplicando el viejo Derecho Administrativo para garantizar la eficacia de los principios de selección para cargos y funciones públicas con arreglo a criterios de mérito y capacidad, la transparencia, la publicidad y la motivación que permite controlar el uso de los poderes públicos.

El proyecto de reforma de octubre de 2018 aportaba algunos instrumentos para ello y merece una valoración prudentemente optimista. Pero la incertidumbre sobre su aprobación y su contenido final ha privado al autor de estas líneas de la satisfacción de confirmar un pronóstico: que el modelo de Consejo de 2013 permite *"alimentar una única esperanza: que la próxima, indefectible, reforma quizá sea la primera que no logre empeorarla"*.<sup>14</sup>

## NOTAS

<sup>1</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto y Movilla Álvarez, Claudio. *El Poder judicial*. Madrid, Tecnos. 1986, p. 90.

<sup>2</sup> Nieto García, Alejandro. *La Burocracia. Historia del pensamiento burocrático*. Madrid, Instituto de Estudios Administrativos. 1976, pp. 14 y s.

<sup>3</sup> Cavero Lataillade, Iñigo. "Comentario al artículo 122", en: Alzaga Villamil, O. (dir): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid, Cortes Generales y EDERSA. 1998, p. 469.

<sup>4</sup> Cavero, op. cit., p. 502 ss. El discurso de presentación tuvo lugar el 13 de noviembre de 1984.

<sup>5</sup> El País (editorial). *La resistencia de los jueces*. 13.5.1984.

<sup>6</sup> Bandrés, Juan María. "Yo tuve la culpa". *El País*, 31.10.1991.

<sup>7</sup> Bandrés, op. cit.

<sup>8</sup> Íñiguez Hernández, Diego. *El fracaso del autogobierno judicial*. Cizur Menor, Thompson/Civitas y Fundación Alfonso Martín Escudero. 2008, pp. 348s.

<sup>9</sup> European Commission, 2014.

<sup>10</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto. "El Consejo en sus manos". *El País*, 20.9.2008.

<sup>11</sup> Nieto García, Alejandro. *El malestar de los jueces y el modelo judicial*. Madrid, Trotta, 2010.

<sup>12</sup> Marx, Karl. *Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte*. Frankfurt am Main, Verlag Marxistische Blätter. 1971, (primera edición alemana, 1869), p. 15.

<sup>13</sup> Pizzorusso, Alessandro. *La Costituzione ferita*. Roma, Laterza. 1999, p. 138 y s.

<sup>14</sup> Íñiguez Hernández, Diego. "El Consejo General del Poder Judicial". *Congreso anual de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Salamanca, 4.4.2014.



# LA INDEMNIZACIÓN POR PRISIÓN PROVISIONAL INDEBIDA: UNA CUESTIÓN ABIERTA Y DIFÍCIL

EDORTA COBREROS MENDAZONA

## La provisional indemnizable

La prisión provisional consiste en una medida cautelar, adoptada en una resolución judicial motivada (Auto) en el marco de un proceso penal (y, normalmente, en sus momentos iniciales), concurriendo determinadas circunstancias, mediante la cual se priva de libertad a la persona imputada con carácter, en principio, transitorio.

Compensar los supuestos en los que una persona ha sufrido indebidamente esta pérdida de libertad es una delicada cuestión que, conviene advertir de entrada, no es en absoluto pacífica, tampoco en el panorama comparado. Entre nosotros, ha tenido una “solución” asentada jurisprudencialmente durante más de dos décadas basada en una determinada interpretación operativa del art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que es la regulación establecida desde 1985 para el problema que nos ocupa). Pero sus cimientos se vieron removidos en 2010, a resultas de la aparición en escena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Después, en 2018, tras una serie de recursos de amparo otorgados, el Tribunal Constitucional se ha “auto-cuestionado” la constitucionalidad misma de este art. 294 LOPJ, en un *iter* que no ha finalizado en el momento de escribir estas líneas.

Intentaremos aquí analizar ordenadamente este proceso, ciñéndonos al presupuesto de hecho, susceptible de generar la responsabilidad patrimonial del Estado; esto es, para que éste pague una indemnización a la persona afectada en estos supuestos. Finalmente, formularemos unas consideraciones conclusivas sobre la dificultad de la cuestión abordada y su carácter abierto.

## Interpretación amplia de la previsión indemnizatoria del art. 294 LOPJ a partir de la “inexistencia subjetiva”

Además del error judicial y del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, recogidos *nominatim* en el art. 121 de la Constitución Española, la Ley Orgánica del Poder Judicial ha desarrollado este precepto constitucional regulando, separadamente, el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado por haber sufrido una prisión provisional indebida<sup>1</sup>,

otorgando a dicha regulación específica un tratamiento más beneficioso que el genéricamente establecido para el error judicial<sup>2</sup>.

Yendo al núcleo de la cuestión, para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, debe existir previamente una sentencia absolutoria (o un sobreseimiento libre) de quien haya sufrido prisión preventiva motivada, precisamente, “por la inexistencia del hecho imputado”. Como inmediatamente se advierte, interpretado de manera literal o estricta, el motivo es restringidísimo, porque resulta hartamente improbable que se inicie un proceso penal por unos hechos, aparentemente, de gravedad, se produzca la medida cautelar que nos ocupa y, al final, suceda que no haya existido hecho delictivo alguno (lo que sería, para entendernos, el “crimen de Cuenca”).

Así previsto, está claro que el supuesto no alcanza a los casos más necesitados de atención reparatoria, que son los de las personas inocentes que han sufrido la prisión provisional. Procede advertir, no obstante, que, salvo posiciones maximalistas (como es propugnar la indemnización “automática” de todo no condenado), no es nada fácil articular para este supuesto una solución matizada o equilibrada.

Con todo, esta limitadísima previsión legal fue tempranamente interpretada de forma mucho más amplia de lo que la estricta dicción literal del precepto permitía sospechar. Tal interpretación extensiva adquirió carta de naturaleza con una meritoria y decisiva Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 27 de enero de 1989<sup>3</sup>. Pese a tratarse de una Sentencia desestimatoria de la indemnización solicitada, interesa mucho la interpretación ampliatoria de los supuestos del art. 294 LOPJ que efectúa basándose en el criterio finalista:

*“El art. 294 cumple la función de hacer innecesaria la previa declaración jurisdiccional del error en los casos en los que el propio curso del proceso penal ha puesto de relieve más descarnadamente el error, es decir, la improcedencia –objetivamente apreciada a posteriori– de la prisión provisional. Esto es llamativamente manifiesto en los casos de inexistencia del hecho, objetivamente entendida.*

*Pero tal inexistencia, desde un punto de vista subjetivo, significa una imposibilidad de participación en un hecho que ha resultado ser inexistente.*

*Así las cosas, esa imposibilidad de participación no puede quedar circunscrita a los casos de hecho inexistente, puede derivar de otros supuestos: piénsese en el hecho existente con una acreditada no participación en él –es, por indicar un ejemplo, el caso clásico de la coartada–. Cabe perfectamente concluir que la antes señalada finalidad del art. 294 exige su aplicación no sólo en los casos de inexistencia del hecho, sino también en los de probada falta de participación.*

*En consecuencia, la inexistencia subjetiva, aunque está al margen de la literalidad del art. 294, queda plenamente amparada por su espíritu, lo que debe dar lugar a una interpretación extensiva que reconozca la virtualidad del precepto en todos aquellos casos que, pese a la dicción expresa, están comprendidos en el designio normativa del precepto a interpretar.*

*Prueba de la inexistencia del hecho y prueba de la falta de participación del sujeto son, pues, dos supuestos equiparables y subsumibles, ambos en la regulación del art. 294. No resul-*

*ta en cambio viable extender su virtualidad a los casos de falta de prueba de la participación en el hecho en los que la reclamación de una posible indemnización derivada de la prisión preventiva habrá de discurrir por el cauce general del art. 293.1”.*

Esta opción interpretativa significa, así, que debe incluirse, en el presupuesto de hecho del art. 294 LOPJ, también el caso de que el proceso penal hubiera demostrado la imposibilidad de participación del sujeto que había sufrido la prisión provisional en el hecho delictivo (que sí se había producido y, por lo tanto, no se podía hablar de “inexistencia objetiva”), en lo que vendría a constituir una especie de suficiente prueba de su inocencia (la ahora denominada “inexistencia subjetiva”). Esta interpretación extensiva posibilitó, en la práctica, la indemnización de muchos casos que, a la vista de los hechos constatados en el proceso penal previo, realmente eran merecedores de una compensación. Pero también es verdad que abría dos flancos vulnerables.

El primero porque los procesos penales no están para demostrar (ni dar patentes de) la inocencia de nadie, pues ésta se presume, sino para probar culpabilidades, con lo que las sentencias no condenatorias no se tienen que adentrar, en principio, en más cuestiones. Pero resulta que la probada falta de participación del sujeto que requiere este supuesto de inexistencia subjetiva exige deducir la inocencia probada de una no condena, lo que implica interpretaciones (a veces no fáciles) de la propia sentencia penal absolutoria y, en definitiva, volver a valorar una resolución judicial firme. Para visualizar mejor esta dificultad, podemos preguntarnos si podría recurrirse una sentencia absolutoria por parte de quien ha sufrido prisión provisional, por considerar que no reflejaba “en positivo” su inocencia, sino que se había limitado a dar por no probada suficientemente su culpabilidad

El segundo, porque plantea un problema en los supuestos que quedan excluidos, esto es, en los casos de falta de prueba de la participación en el hecho, puesto que, en definitiva, se está denegando la solicitud a quien no ha visto vencida o rota su presunción de inocencia y, por tanto, la justificación de tal denegación indefectiblemente bordea (o se adentra) en una valoración distinta de la inocencia (presumida, primero, y garantizada por una resolución penal absolutoria, después) de la persona acusada. Por aquí será, precisamente, por donde vendrán los principales problemas, como a continuación tendremos oportunidad de comprobar.

Conviene precisar que la interpretación amplia del art. 294 LOPJ –comprensiva de la “inexistencia subjetiva”, en los términos vistos– fue constantemente mantenida durante más de veinte años, hasta producirse la irrupción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## **La intervención del tribunal europeo de derechos humanos sobre la presunción de inocencia que hace cambiar drásticamente la interpretación existente**

En 2006 ve la luz la Sentencia Puig Panella c. España (de 25 de abril de 2006), que entronca directamente la pretensión indemnizatoria en los supuestos de prisión preventiva seguida de sentencia no condenatoria con el derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 Convenio

Europeo de Derechos Humanos. De este pronunciamiento podemos destacar, en primer lugar, una afirmación básica o principal, cual es considerar que ni el art. 6.2 CEDH, ni ninguna otra cláusula del Convenio, otorgan al acusado un derecho a ser reembolsado de las costas o un derecho a la reparación por su ingreso en prisión preventiva legal en caso de que las diligencias penales iniciadas en su contra no hubieran prosperado de tal manera que *“el simple rechazo de una indemnización no es contrario, por tanto, en sí mismo a la presunción de inocencia”*. Dicho más claramente, el Convenio de Roma no exige a los Estados firmantes la articulación de un sistema interno de reparación por prisión provisional indebida<sup>4</sup>. Pero no podemos quedarnos en esta afirmación, sino que lo que sucede es más bien que, aunque no resulta imprescindible para el Convenio de Roma, si un Estado se dota de un sistema indemnizatorio lo tiene que hacer con respeto y observancia de todos los preceptos de dicho Convenio, incluido el de la presunción de inocencia. Esto explicaría la aparente sorpresa que podía producir el hecho de que, dotándose de un sistema de mayores garantías que el mínimo exigido por el Convenio de Roma, su aplicación pueda conllevar, precisamente, la lesión de algún precepto de éste.

Avanzando un poco más en la construcción que hace el Tribunal Europeo, vemos que la presunción de inocencia se vulnera, a su juicio, si una decisión judicial relativa a un acusado refleja la impresión o la sensación<sup>5</sup> de que es culpable, cuando previamente su culpabilidad no ha sido legalmente establecida; bastando para tal vulneración con una motivación que conduzca a pensar que se considera al interesado culpable, aunque no haya una constatación formal en tal sentido y señalando expresamente que el ámbito de la presunción de inocencia no sólo alcanza al propio proceso penal, sino que se extiende a actuaciones judiciales posteriores a la finalización de las diligencias penales. De tal manera que –y aquí se enmarca el problema que presentaba este asunto– una denegación de indemnización por prisión preventiva puede plantear problemas desde el prisma del art. 6.2 CEDH *“si motivos indisociables de la parte dispositiva equivalen en sustancia a una constatación de culpabilidad sin que ésta haya sido previamente establecida de una manera legal”*. Dicho más directamente: una resolución denegatoria de la indemnización establecida en el ordenamiento interno, según los términos de su motivación, puede lesionar la presunción de inocencia garantizada por el Convenio.

En el caso concreto de que se trataba, el Tribunal de Estrasburgo llega a la conclusión de que, para rechazar la demanda de indemnización, el Ministerio de Justicia –en resolución confirmada posteriormente por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa– se basó en la falta de certeza total sobre la inocencia del recurrente, lo que resulta incompatible con el necesario respeto a la presunción de inocencia garantizada por el Convenio.

La preocupante conclusión de este asunto será que el ámbito excluido de los supuestos indemnizatorios del art. 294 LOPJ, pese a la interpretación ampliatoria del Tribunal Supremo –que, como hemos visto, pretendía superar los estrechos márgenes que el legislador había establecido, en su dicción literal estricta, pero que dejaba fuera algunos supuestos de absolución–, quedaba descalificada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos porque su aplicación, en tanto fundada en la *“falta de prueba”* como *“ausencia de inocencia probada”*, contraviene lo dispuesto en el art. 6.2 CEDH.

Esta Sentencia constituyó un primer y serio aldabonazo<sup>6</sup>, pero no consiguió un cambio de rumbo. El golpe de gracia vendrá con la Sentencia Tendam c. España (de 13 de junio de 2010).

En este segundo pronunciamiento, el Tribunal de Estrasburgo insistirá en su conocido principio básico al respecto, consistente en que la presunción de inocencia se vulnera, si una decisión judicial refleja la impresión o da la sensación de que una persona es culpable, cuando su culpabilidad no ha sido legalmente probada con anterioridad; pero, a continuación, recuerda expresamente que el ámbito de aplicación de la presunción de inocencia garantizado por el Convenio no se limita a procesos penales pendientes, sino que comprende también otros procesos judiciales consecuencia de la absolución definitiva del imputado. Una vez firme la absolución, la expresión de dudas sobre la culpabilidad, incluidas las relativas a los motivos de tal absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia.

Es más, en virtud del *in dubio pro reo* “no debe existir ninguna diferencia cualitativa entre una absolución basada en la falta de pruebas y una absolución resultante de una constatación sin ningún género de dudas de la inocencia de una persona”. Añadiendo, seguidamente (lo que resultará letal para nuestro sistema): “las sentencias de absolución no se diferencian en función de los motivos tenidos en cuenta en cada ocasión por el Juez penal. Al contrario, en el marco del artículo 6.2 del Convenio, el fallo de una sentencia absolutoria debe ser respetado por toda autoridad que se pronuncie directa o incidentalmente sobre la responsabilidad penal del interesado”. Y, además, “exigir a una persona que presente la prueba de su inocencia en el marco de un proceso de indemnización por prisión preventiva no parece razonable y denota una violación de la presunción de inocencia”.

A la vista de este argumentario, no hace falta insistir en que la interpretación del art. 294 LOPJ, en la parte que posibilita la denegación de indemnización en caso de sentencia absolutoria, quedaba netamente desautorizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y, para calibrar su alcance, recordemos que la interpretación del Tribunal de Estrasburgo resulta decisiva ex art. 10.2 CE en la interpretación de nuestros derechos fundamentales, entre los que también se encuentra el de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Este planteamiento, en fin, se verá ratificado por una tercera intervención del Tribunal Europeo: la Sentencia Vlieeeland y Lanni c. España (de 16 de febrero de 2016).

## **La rápida modificación de la jurisprudencia contencioso-administrativa en sentido restrictivo**

Como ha quedado recogido, la Sentencia Tendam se dictó en julio de 2010. Pues bien, sólo cuatro meses más tarde la Sala Tercera del Tribunal Supremo modificará radicalmente su jurisprudencia para adaptarse –lo dice expresamente– a la doctrina del Tribunal de Estrasburgo. Y lo hará, paradójicamente, restringiendo muchísimo el campo de aplicación de los supuestos indemnizatorios que hasta ese momento se venían entendiendo comprendidos en el art. 294 LOPJ.

Así, dos sentencias de 23 de noviembre de 2010 marcarán un nuevo rumbo en su interpretación y aplicación por parte del Tribunal Supremo:

*“(…) siendo clara la improcedencia de una interpretación del precepto como título de imputación de responsabilidad patrimonial en todo supuesto de prisión preventiva seguida de una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre y descartada la posibilidad de argumentar sobre la inexistencia subjetiva, en cuanto ello supone atender a la participación del imputado en la realización del hecho delictivo, poniendo en cuestión, en los términos que indica el TEDH en las citadas sentencias, el derecho a la presunción de inocencia y el respeto debido a la previa declaración absolutoria, que debe ser respetada por toda autoridad judicial, cuales sean los motivos referidos por el juez penal, en esta situación decimos, no se ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del art. 294 de la LOPJ y acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre “por inexistencia del hecho imputado”, es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente, entendida tal inexistencia objetiva en los términos que se han indicado por la jurisprudencia de esta Sala, a la que sustancialmente se ha hecho referencia al principio de este fundamento de derecho, que supone la ausencia del presupuesto de toda imputación, cualesquiera que sean las razones a las que atienda el Juez penal.*

*Es evidente que con dicho cambio de doctrina quedan fuera del ámbito de responsabilidad patrimonial amparado por el art. 294 de la LOPJ aquellos supuestos de inexistencia subjetiva que hasta ahora venía reconociendo la jurisprudencia anterior, pero ello resulta impuesto por el respeto a la doctrina del TEDH que venimos examinando junto a la mencionada imposibilidad legal de indemnizar siempre que hay absolución”.*

El razonamiento anterior conduce al Tribunal Supremo a desestimar la indemnización solicitada, no sin antes reiterar que el cambio de criterio jurisprudencial en la interpretación del alcance del art. 294 de la LOPJ, le viene impuesto por el respeto al derecho reconocido por el art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en los términos que resultan de las mencionadas sentencias Puig Panella y Tendam. Así pues, la Sala Tercera es perfectamente consciente de que está cambiando –y, además, de manera radical– su interpretación anterior e incluso deja traslucir que lo hace bien a su pesar, tratándose de un giro interpretativo al que viene obligada.

Ante la nueva situación creada, el Tribunal Supremo descarta asumir una interpretación propia *contra legem* –esto es, contradictoria con el art. 294 LOPJ– que llevase a otorgar la indemnización en todos los supuestos de prisión preventiva seguida de absolución (máxime teniendo en cuenta que ésta no es una exigencia ineluctable del art. 6.2 CEDH). Planteadas así las cosas, si la interpretación “amplísima” resulta contraria a la Ley española y si la “intermedia” existente hasta la fecha resulta contraria al Convenio, la Sala Tercera entiende que no le queda más remedio que aplicar una interpretación estricta o “restrictiva”. Así lo hará, aunque precisando que, para estos casos de prisión preventiva indebida siempre queda la posibilidad de acudir al más genérico supuesto de error judicial del art. 293 LOPJ <sup>7</sup>.

Para hacernos una mejor idea del alcance de este giro jurisprudencial operado a partir de 2010, podemos señalar que, desde entonces, el Tribunal Supremo no ha concedido ninguna solicitud de indemnización basada en el art. 294 LOPJ. Aunque también hay que reconocer que la Audiencia Nacional –en el periodo que va de 2011 a 2017– sí lo ha hecho en una treintena de sentencias de instancia, bien que probablemente reconduciendo ahora a supuestos de inexistencia objetiva diversos casos que antes eran considerados como de inexistencia subjetiva (retirada de la acusación fiscal, inexistencia de pruebas, apartamiento del proceso penal o delito provocado, por ejemplo).

La intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerando que España no había respetado suficientemente la presunción de inocencia de quien no entra en el ámbito de los supuestos indemnizables, y el cambio interpretativo del Tribunal Supremo al respecto han tenido como consecuencia dejar sin indemnización diversos supuestos que sí entraban, hasta entonces (por la tan repetida constatación de la “inexistencia subjetiva”, que a partir de entonces desaparece), en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado y que unánimemente habían sido considerados merecedores de indemnización por la vía del art. 294 LOPJ.

## **La reciente toma de postura del tribunal constitucional que cuestiona el sistema y deja la cuestión abierta**

Todo esto, sin embargo, tampoco ha conducido a una situación mínimamente consolidada, pues resulta que el sistema entero ha sido contestado en sede constitucional con fundamento en una lectura estricta de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En efecto, el argumento principal de los demandantes en diversos recursos de amparo ha sido que la presunción de inocencia es idéntica, tanto cuando se absuelve por inexistencia del hecho delictivo (la “inexistencia objetiva”, ya mencionada), como cuando se absuelve por insuficiencia probatoria; de tal manera que este segundo supuesto exige el mismo trato que el primero, con lo que la denegación indemnizatoria viene a constituir *per se* una lesión de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

El Alto Tribunal, no sin discrepancias internas, ha otorgado ya el amparo en sendas sentencias de 19 y 30 de enero de 2017 (la primera del Pleno). Apoyándose directamente en los tres pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ya conocemos, el Tribunal Constitucional viene a interpretar que el requisito de la inexistencia (objetiva) del hecho delictivo exigida por el art. 294 LOPJ –obviamente cuando no se aprecia, que es en la (casi) totalidad de los casos– viene a suponer una lesión de la presunción de inocencia. O, dicho de otro modo, siempre que se deniega una solicitud de indemnización por quien ha resultado absuelto se suscitan dudas sobre la inocencia del solicitante de la indemnización y eso resulta inadmisibles desde el punto de vista del art. 24.2 CE.

Todo esto pone en duda la constitucionalidad misma del sistema basado en el art. 294 LOPJ y, en este sentido, el propio Tribunal Constitucional se ha planteado una cuestión interna de inconstitucionalidad (BOE de 8 de septiembre de 2018). Hay que estar, entonces, a la espera

de lo que nos depare la sentencia que el Pleno del Tribunal Constitucional dicte sobre la constitucionalidad de los incisos “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa” de este art. 294 LOPJ, cuyo pronóstico es más bien negativo.

## Reflexiones conclusivas

1<sup>ª</sup> Las consideraciones anteriores han dado cuenta de la regulación establecida y de su aplicación efectiva para compensar económicamente los perjuicios sufridos en un derecho tan fundamental de toda persona, como es su libertad. No hace falta insistir en que tan afflictiva medida, como es la prisión provisional, puede tener importantes (e incluso, a veces, irreversibles) repercusiones, tanto físicas como psíquicas, sobre quien la padece, además de otras secuelas en el ámbito familiar, social, laboral, reputacional, etc. Resulta, por tanto, más que razonable establecer una previsión destinada a paliar *a posteriori* los daños efectivamente sufridos por quien ha padecido cárcel, no habiendo cometido delito alguno. Y, entre nosotros, con mayor razón aún, puesto que la combinación de dos factores como son la larga duración de los procesos penales en nuestro sistema judicial, por un lado, y la extensa previsión legal de la medida provisional (nada menos que hasta cuatro años, según permite el art. 504 LECrim), por otro, hace que el daño se pueda multiplicar exponencialmente.

2<sup>ª</sup> A estos efectos, teníamos la previsión del art. 294 LOPJ que pudo solucionar muchos más problemas que los inicialmente imaginables, gracias a una interpretación jurisprudencial notablemente amplia de su presupuesto de partida (la pura inexistencia del hecho imputado) que fue muy mayoritariamente aceptada.

Pero esta solución hay que reconocer que albergaba dificultades conceptuales y presentaba algunas fallas en su aplicación efectiva. En efecto, ciñéndonos al caso de la Sentencia absoluta, vemos que la interpretación amplia, largamente asentada entre nosotros, suponía que la aplicación a cada caso implicaba una “relectura” y una verdadera “interpretación” operativa de los términos en los que estaba redactada la resolución judicial, a fin de deducir de ella si nos encontrábamos ante una inocencia probada (indemnizable) o ante una culpabilidad no probada (no indemnizable). Todo ello con la dificultad que tradicionalmente suele presentar la redacción, a veces un tanto estereotipada y expeditiva, de las resoluciones absolutorias (que requieren menor carga motivacional que las condenatorias), a lo que debe añadirse la “ajenidad” que suelen mostrar los fallos absolutorios con respecto a la existencia previa de una prisión preventiva durante la instrucción. No hace falta insistir más, tampoco, en la inidoneidad de un proceso penal para demostrar la inocencia “en positivo”, con las consecuencias que ello puede acarrear.

3<sup>ª</sup> Esta construcción, con las mencionadas debilidades estructurales, es la que no ha superado el test de Estrasburgo, en lo relativo a la presunción de inocencia. Muy contundente, el Tribunal Europeo no ha admitido la dicotomía fundamental en la que se basaba la interpretación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, consistente en que si la absolución era por prueba de la falta de participación en el hecho delictivo la prisión provisional resultaba indemnizable;

pero si la absolución lo era por falta de prueba suficiente de la comisión del hecho delictivo la medida cautelar padecida no resultaba indemnizable. Como ya hemos visto, la garantía de la presunción de inocencia (tal y como se viene entendiendo de antiguo en aquella sede) no tolera esta construcción, desautorizándola solemnemente hasta en tres ocasiones.

La consecuencia ha sido que, por una mayor garantía del derecho fundamental a la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo tuvo que acotar muchísimo *malgré lui* las posibilidades indemnizatorias del art. 294 LOPJ, interpretándolo *stricto sensu*.

A este propósito, conviene insistir en que no se debe confiar demasiado (más bien nada) en las posibilidades reparatorias que podría producir la vía genérica del error judicial (del art. 293 LOPJ), a la que hace mención expresa el Tribunal Supremo en su nueva posición, pues, además de que ello requiere inexcusablemente la vía judicial previa ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo para obtener la Sentencia *ad hoc* que declare el error judicial (imprescindible título para iniciar luego la acción indemnizatoria en vía administrativa), la conceptualización jurisprudencial misma del error judicial indemnizable como auténtico dislate judicial la hace muy difícilmente aplicable a una resolución judicial adoptada normalmente al comienzo de un proceso penal, donde no hay pruebas acabadas sino meros indicios y para la que el concurso del Ministerio Fiscal suele ser fundamental, puesto que la adopción de la medida provisional de ingreso en prisión no la puede adoptar de oficio el Juzgado (art. 505 LECrim.). La reconducción a la vía del error judicial es, así, un reenvío a ninguna parte<sup>8</sup>.

Pero incluso el último viraje hacia la interpretación más restrictiva no ha zanjado la cuestión ya que, llevado el razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta sus últimas consecuencias –como parece haber hecho el Tribunal Constitucional–, resultará inevitable concluir que cualquier denegación de la reparación solicitada en caso de absolución lesiona la presunción de inocencia.

4<sup>º</sup> Cabe preguntarse, entonces si la única solución posible (y la más adecuada) es establecer la responsabilidad patrimonial del Estado para todos los casos en los que no haya posterior condena penal (o, al menos, a un tiempo de privación de libertad igual o mayor que la padecida). A pesar de que la respuesta positiva a este interrogante pudiera parecer a primera vista la más lógica y coherente –si no hay condena es que no tenía que haber padecido la prisión provisional y, por tanto, debe tener derecho a una compensación–, no es tan evidente analizadas las cosas con mayor amplitud o profundidad.

En efecto, un sistema penal garantista está basado en un proceso que tiene rígidamente establecidas unas formas, unos tiempos y, sobre todo, unos principios informadores que constriñen el *ius puniendi* del Estado, puesto que supone la opción por minimizar las posibilidades de condena de un inocente, aun pagando el precio inevitable de que no sean condenados algunos culpables de hechos delictivos. Así, como es harto conocido, entre otros aspectos existen unos plazos para el ejercicio de la acción penal (so pena de que entre en juego la prescripción), unas rígidas exigencias para la consideración de las pruebas de cargo (so pena

de su invalidez para la condena) o un principio para la valoración del acervo probatorio que obliga a conformar una idea de la culpabilidad “más allá de toda duda razonable” (que es el *standard* utilizado tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como por el Tribunal Constitucional o la Sala Segunda del Tribunal Supremo y que es mucho más exigente que el requerido en el proceso civil).

El “coste de las injusticias”(FERRAJOLI) del sistema tiene una doble faceta: por un lado, la cifra de la ineficiencia, constituida por el número de culpables que quedan impunes; por otro, la cifra de la injusticia, en la que entraría el supuesto de los inocentes que han sufrido prisión provisional (además de otros, que ahora no vienen al caso). Pues bien, lo que sucede es que en la realidad los supuestos quedan entremezclados ya que, por lo que ahora interesa, desde el momento en el que se establece un nivel de garantías que pretende asegurar al máximo que no se condene a un inocente, estamos admitiendo que queden impunes autores de hechos delictivos. Y por aquí es por donde debería situarse la contestación al interrogante antes planteado: a) si sabemos que va a haber culpables que no resulten condenados por haberse beneficiado (legalmente, eso sí) de los elementos garantistas del sistema y b) si no hay razones de justicia (conmutativa) para compensarles, como parece que no las hay, puesto que el daño sufrido habría sido consecuencia de sus actos, c) no parece razonable establecer un sistema general o automático de reparación universal, sino que más bien habrá que calibrar las circunstancias de cada caso, para discernir entre los inocentes (merecedores de reparación) y los declarados no culpables (no merecedores de la misma). El *in dubio pro reo*, por ejemplo, obliga a no condenar penalmente, pero no parece que sea una exigencia de justicia que su aplicación conlleve, además, una indemnización.

En nuestro caso, la suficiente prueba de la “inexistencia subjetiva” parecía *a priori* una solución equilibrada y razonable, sin perjuicio de sus intrínsecas dificultades. Sin embargo, la extrapolación de la presunción de inocencia, *extra muros* del proceso penal, ha conducido la cuestión a un callejón sin salida en el que, probablemente, al final la reparación de muchos va a resultar inviable, so pena de indemnizar a todos (solución que, por cierto, tampoco se da en el panorama comparado, ni mucho menos). Una aplicación maximalista de un principio tan valioso e imprescindible, como es el de la presunción de inocencia, ha venido a provocar, así, unos efectos perversos y a no dejar mucho margen al legislador para establecer una nueva regulación matizada.

## NOTAS

<sup>1</sup> Dice así el art. 294 LOPJ:

- “1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se les hayan irrogado perjuicios.
2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad o de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.
3. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior [esto es, por solicitud dirigida directamente al Ministerio de Justicia y, contra su resolución, posibilidad de entablar recurso contencioso-administrativo].”

<sup>2</sup> Tanto en lo relativo al *cauce procedimental* –puesto que no hace falta acudir al Tribunal Supremo en demanda *ad hoc* de declaración de error judicial (o, en su caso, en recurso extraordinario de revisión), como requisito previo al ejercicio de la acción indemnizatoria en vía administrativa, sino que es la resolución judicial que pone fin al proceso penal la que habilita para solicitar el resarcimiento– como, sobre todo, en lo relativo al *requisito sustantivo o de fondo*, ya que no hace falta demostrar que el Auto de ingreso en prisión reunía todas las intensas cualificaciones negativas que las diferentes salas del Tribunal Supremo han exigido para que una resolución judicial sea considerada un error judicial indemnizable (esto es, que se trate de un yerro palmario, patente, indubitable y demás rigurosos calificativos).

<sup>3</sup> Aunque es de justicia reconocer que antes había abierto el camino el Consejo de Estado (*vid.* su extenso Dictamen de 9 de octubre de 1986, ante una solicitud de indemnización por parte de una joven que había sufrido prisión provisional, como presunta autora de un robo a mano armada, y que, posteriormente, vería alzado su procesamiento ante la detención de otros individuos que se habían confesado autores del delito). Este alto órgano consultivo siempre se ha mostrado muy atento a la problemática que plantean estos supuestos indemnizatorios.

<sup>4</sup> Pero sin confundir esto con el derecho a una indemnización por error judicial penal establecido como necesario, en el art. 3 del Protocolo número 7 –suscrito por España en la fecha de su elaboración (22 de noviembre de 1984), pero ratificado veinticinco años después, con lo que para nosotros entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 (es decir, mucho más tarde que los hechos enjuiciados en el proceso que nos ocupa)–, que dispone lo siguiente: “Cuando una condena penal definitiva sea ulteriormente anulada o cuando se produzca una medida de gracia porque un nuevo hecho o una nueva revelación prueben que se ha producido un error judicial, la persona que ha sufrido una pena en razón de dicha condena debe ser indemnizada conforme a la ley o los usos en vigor en el Estado de que se trata, a menos que se pruebe que la no revelación en tiempo útil del hecho desconocido le sea imputable en todo o en parte”. Adviértase, en cualquier caso, que éste sería un supuesto distinto del que nos ocupa, que concuerda más con las previsiones establecidas para el recurso extraordinario de revisión en el art. 960 LECrim, cuyo segundo párrafo, referido precisamente a la consecuencia indemnizatoria del *iudicium rescindens*, fue introducido en nuestro ordenamiento por Ley de 24 de junio de 1933, a raíz, precisamente, del caso “crimen de Cuenca”.

<sup>5</sup> *Sentiment* en el original francés de la Sentencia, término que se viene repitiendo desde 1983.

<sup>6</sup> Así, el Consejo de Estado se hizo inmediato eco de esta doctrina (en su Dictamen de 22 de junio de 2006), dedicando además una reflexión *ad hoc* en su *Memoria* de ese año.

<sup>7</sup> Lo que, sin embargo, en la práctica no se ha producido nunca y resulta casi imposible que suceda (como luego se argumentará).

<sup>8</sup> Como reconoce hasta el Consejo de Estado en su *Memoria* del año 2011.



# ¿QUÉ HA SIDO DEL NUEVO MODELO DE ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA? ¿TIENE SOLUCIÓN LA JUSTICIA?

BEGOÑA BASARRATE Y OTRAS

## La nueva oficina judicial como eje de la reforma de la administración de justicia

El proceso de modernización de la administración de justicia viene discurriendo de forma paralela al de todas las administraciones públicas, a partir del reconocimiento europeo del derecho de los ciudadanos a una buena Administración. La finalidad de los cambios que se van produciendo redundan en situar al ciudadano en el centro del sistema como titular de la soberanía, exigiendo no sólo una adecuada respuesta a sus necesidades, sino que esta respuesta se realice de modo eficaz y eficiente.

Si medimos la eficiencia de la actividad de una organización, lo haremos para conocer su capacidad de dar respuesta a sus destinatarios. La Justicia, siguiendo este parámetro, debe fijar como objetivo prioritario el de ofrecer un servicio de calidad a los litigantes y usuarios.

Sin embargo, este proceso está resultando especialmente complejo en esta administración en la que concurren peculiaridades que la singularizan frente a cualquier otro órgano de gestión:

- Por un lado, la Administración de Justicia es el instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional ejercida por jueces y magistrados, y su propósito es la garantía de la independencia del poder judicial al servicio de las personas litigantes.
- Por otro, confluyen en ella un conglomerado institucional que abarca medios materiales, personales y tecnológicos dispuestos por el ejecutivo, Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas con competencias transferidas, todos necesarios para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Para entender el devenir de la oficina judicial, hay que tener en cuenta que el proceso de modernización cristalizó en la reforma de la Ley orgánica del Poder Judicial, LO19/2003.

Hasta llegar a esta reforma es necesario valorar todos los antecedentes que llevaron a la necesidad de un cambio urgente:

- En primer lugar, la reunión de ministros del Consejo de Europa de 16 de septiembre de 1986, donde se reconocía la situación de perpetuo atasco de los juzgados y tribunales europeos y recomendaba iniciar un proceso de desjudicialización que culminara con la exclusión del ámbito jurisdiccional de todo aquello que pudiera no ser jurisdiccional, encomendándolas a otros órganos incluso ajenos al propio personal funcional.
- En segundo lugar, el Libro Blanco, aprobado por el Pleno del CGPJ el 8 de septiembre de 1997, que realizaba un diagnóstico de la situación de la administración de justicia y recomendaba un cambio copernicano en la organización y gestión de sus recursos.
- Finalmente, otro hito de gran calado, el Pacto de Estado para la reforma de la justicia, de 28 de mayo de 2011, por el que los partidos políticos se comprometían a efectuar la reforma de las estructuras judiciales que los ciudadanos venían reclamando desde hacía años.

Llegados a este punto, a la vista de la evidente complejidad y transcurridos muchos años desde el inicio de este proceso transformador, vamos a analizar cómo se ha abordado esta tan reclamada y necesitada modernización.

## **La reforma de la organización de la oficina judicial**

Entendemos, con el legislador, que la reforma de la administración de justicia requería la intervención de tres áreas distintas: la procesal, la orgánica y la electrónica o digital. Estas intervenciones no se han realizado, como hubiera sido deseable, de forma coetánea, lo que ha perjudicado y sigue a día de hoy perjudicando el avance que se pretendía con la reforma.

El primer abordaje tuvo lugar a través de las reformas orgánicas, mediante la modificación de la LOPJ por LO19/2003, que por primera vez regula:

- Se proyecta una estructura organizativa de la oficina judicial de carácter flexible, bajo los principios de jerarquía, división de funciones y, sobre todo, coordinación. La coordinación permite la introducción de métodos de trabajo y criterios de gestión homogéneos, especialmente en los servicios comunes procesales. Estos, bajo la dirección de los Letrados de la Administración de justicia, realizan labores centralizadas de gestión y apoyo en actuaciones derivadas de la aplicación de las leyes procesales.
- Se inaugura un estatuto del personal al servicio de la administración de justicia, adecuado a la nueva estructura delimitando las tareas que corresponden a cada cuerpo.

- Se atribuyen nuevas competencias a los Letrados de la Administración de Justicia, que, como técnicos superiores, son quienes dirigen en el aspecto técnico procesal al personal integrante de la oficina judicial, ordenando su actividad e impartiendo las instrucciones pertinentes.

La Nueva Oficina Judicial tiene su justificación, entre otras razones, en el incremento de la litigiosidad, que ralentiza la justicia. El retraso en la respuesta se ha ido salvando a través de la creación de nuevos órganos judiciales que, llegado a un punto de economía de escala, se ha mostrado ineficaz y económicamente ineficiente. La situación de evidente agotamiento del modelo de organización judicial, encorsetada en el partido judicial, reclamaba la implantación de una organización en la que primara el interés general de la sociedad y, en concreto, el derecho fundamental de acceso a la justicia consagrado en el artículo 24 de la Constitución. A ese nuevo modelo organizativo quiere dar respuesta la denominada Nueva Oficina Judicial (NOJ).

El marco normativo de este nuevo diseño está fijado en el artículo 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en la redacción dada por el artículo único de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que define la oficina judicial como *“la organización de carácter instrumental que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional”*.

Dos son las principales novedades de esta reforma orgánica. Por un lado, la estructura básica de la Oficina Judicial, que tiene como elemento organizativo la unidad, distinguiendo entre unidades procesales de apoyo directo (UPAD), que están vinculadas directamente a los titulares de los órganos judiciales y a su actividad jurisdiccional, y los Servicios Comunes Procesales, que asumen las labores centralizadas de gestión y apoyo en actuaciones no jurisdiccionales derivadas de la aplicación de las leyes procesales.

Y por otro, esta nueva estructura funciona con los criterios de agilidad, eficacia, eficiencia, racionalización del trabajo, responsabilidad por la gestión y coordinación, buscando un servicio próximo y de calidad, con respeto a los principios recogidos en la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia.

## **La autonomía funcional de los servicios comunes del partido judicial**

En todos los casos, el nuevo modelo organizativo responde a los pilares:

1º La generalización de los servicios comunes, especialmente del servicio común procesal general y del servicio común procesal de ejecución.

Porque era evidente que el servicio público de la Justicia requería que, además de la resolución definitiva del expediente, se consiguiera una tramitación ágil e integral de las pretensiones de las partes y la atención y asistencia al ciudadano, especialmente cuando se refiere a las víctimas del delito. Estas funciones las realizan, por un lado, los Servicios Comunes de Ordenación y de Ejecución, que asumen la totalidad de las actuaciones procesales no jurisdiccionales, en cumplimiento de las resoluciones judiciales

y, por otro, Los Servicios Comunes Procesales Generales que tienen encomendada la atención y acogida al ciudadano y la prestación de servicios generales en apoyo de las restantes Unidades de la oficina judicial.

2º La gestión de estos servicios por los Letrados de la Administración de Justicia, con la asunción de nuevos cometidos y responsabilidades como directores de los mismos.

En ese ámbito, las herramientas organizativas y funcionales fundamentales para el desempeño de esta nueva función son los protocolos de actuación técnico-procesal (que en ningún caso deben suponer una intromisión en la función jurisdiccional), los manuales de puestos de trabajo como instrumento organizativo delimitador de las funciones del personal, y los manuales de procedimiento, que describen las actividades y tareas a realizar en la prestación de los servicios, que hacen posible la introducción de metodologías de trabajo y criterios de gestión homogéneos para la especialización de funciones, la estandarización de tareas, el aprovechamiento de recursos humanos y materiales, así como el control de la actividad de los servicios. Su resultado es la agilización de trámites y procesos y una mejora en la eficacia y eficiencia de la Administración de Justicia.

3º La atribución de una autonomía funcional a esta nueva oficina judicial respecto de las labores de los jueces y tribunales, de forma que puedan concentrarse en la función jurisdiccional.

En el modelo de oficina diseñado por el legislador, la toma de decisiones dentro del proceso, se distribuye entre jueces y magistrados, por un lado, y Letrados de la Administración de Justicia, por otro, reservando a los primeros las resoluciones que integran la función estrictamente jurisdiccional en consonancia con lo establecido en el art. 24 .1 y 117 de la Constitución.

Sin olvidar que este nuevo modelo de organización sirve a jueces y tribunales para el ejercicio de su función jurisdiccional y ha de ser útil a tal propósito, mediante un uso racional de los medios materiales y personales puestos a su disposición. Esta autonomía funcional de los Servicios ofrece la posibilidad de tender a la homogenización de tareas y de actividades no jurisdiccionales, esto es, la oportunidad de tramitar de un mismo modo en todas las situaciones en las que el acto procesal puede realizarse de diferente manera, de acuerdo con las normas, todo lo cual facilita y agiliza la tramitación de los procedimientos.

En síntesis, la idea que orbita en la reforma de la LOPJ por la Ley Orgánica 19/2003 y, posteriormente, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, es la de acabar con la atomización de la estructura actual de los órganos judiciales, diseñando una estructura básica de carácter instrumental y homogénea para dar soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional

(UPAD/Servicios Comunes); pero, a su vez, creando un modelo flexible, de forma que la dimensión y organización se determina por la Administración Pública competente (Ministerio de Justicia / Comunidades Autónomas), en función de la actividad que desarrolle y sus necesidades y persiguiendo la concentración de la mayor parte de los recursos en los servicios comunes, que asumen la totalidad de las actividades procesales no jurisdiccionales que son necesarias para la ejecución material de lo acordado en las resoluciones judiciales.

## El expediente electrónico judicial

En la última década, se han emprendido grandes reformas tecnológicas, que deben culminar en el expediente judicial electrónico como instrumento que facilite el trabajo de todos los operadores jurídicos y, sobre todo, que permita el acceso del ciudadano y la transparencia en las actuaciones judiciales.

Las reformas que están propiciando el expediente judicial electrónico se han venido impulsando a través de una incesante legislación. Procede destacar la Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ, la Ley 42/2015 de 5 de octubre de Reforma de la LEC y, en especial, la Ley 18/2011, de 5 de julio, Reguladora del Uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación de la Administración de Justicia, que ha dado el impulso definitivo a este proceso de transformación tecnológica en el que seguimos inmersos. Su Exposición de Motivos comienza con una declaración de principios: *“la modernización de la justicia con la incorporación de las nuevas tecnologías en las oficinas judiciales lo es para salvaguardar el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva”*.

Esta Ley establecía unos plazos para la incorporación de los medios tecnológicos en los Órganos Judiciales y Fiscalías, pero la realidad ha demostrado que dichos plazos han resultado imposibles de cumplir. El expediente judicial electrónico se va implementando de forma progresiva y parcialmente.

Sin perjuicio de ello, resulta necesario indicar que en aquellos territorios en los que ya se ha implementado se constatan los siguientes resultados:

- La agilidad en los trámites procesales: pronta respuesta a los escritos de las partes, mayor celeridad en la adopción de las resoluciones y reducción en el tiempo de espera.
- Importante ahorro económico derivado del coste casi cero del papel y la simplificación de la gestión.
- Seguridad jurídica de la firma electrónica y de las comunicaciones telemáticas, resaltando el salto cuantitativo de la práctica de las comunicaciones a través de los medios telemáticos.
- Redefinición de los espacios físicos en el Archivo.

- Aumento de la satisfacción del usuario.
- Centralización de las funciones de Registro, Reparto, Digitalización y Archivo de toda la documentación cuyo destino son los Órganos Judiciales .
- Reducción del personal con revisión de sus RPT en atención a las cargas reales de trabajo con la aplicación de las nuevas tecnologías.

Si bien estas son algunas de las mejoras detectadas con su implantación, no es menos cierto que queda mucho por avanzar.

Las propuestas que se consideran importantes para hacer efectivo su desarrollo son:

- Prioridad de la dotación económica necesaria para continuar y concluir el proceso de implantación integral de la Justicia Digital, con especial dedicación a aquellas cuestiones que ralenticen el proceso en la línea del Plan de Modernización de la Justicia del CGPJ de 2008 y del Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012 del Ministerio de Justicia de 2009.
- Necesidad de gestión, consenso y coordinación conjunta por parte del CGPJ, Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de justicia para abordar y dar solución de una vez por todas a la necesidad de compatibilizar-interoperar los diferentes sistemas de gestión procesal existentes en la actualidad e incompatibles entre sí, que hacen imposible el intercambio de datos, información y conocimiento entre ellos.
- Necesidad de una continua formación e interiorización en la concepción del Expediente Judicial Electrónico, como única herramienta.
- Revisión del concepto de herramienta de las nuevas tecnologías, esto es, su función de vehículo para el desarrollo de las funciones de cada operador jurídico en el ámbito de sus competencias, debiendo ser una realidad su misión de facilitar el trabajo con plenas garantías.
- Necesidad de devolver al ciudadano su papel primordial como sujeto y fin último de este proceso de modernización en el que la transparencia, la publicidad, la calidad, la seguridad, la agilidad, la eficacia y la eficiencia sean las premisas fundamentales del mejor servicio.
- Necesidad de un programa completo de formación con implicación del CGPJ, Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de Protección de Datos respecto del Expediente Judicial Electrónico, la valoración del alcance y los riesgos que dicha herramienta entraña.
- Para poder conjugar el derecho de la ciudadanía a recibir una información veraz, general y actualizada sobre asuntos judiciales con respeto a las limitaciones legales establecidas en cada caso concreto y con expresa observancia de la normativa sobre

Protección de Datos de carácter personal, resulta necesario una clarificación respecto a la vigencia y alcance del Protocolo de Comunicación de la Justicia de 2015 y la función, competencia y responsabilidad de los Gabinetes de Prensa de los Tribunales Superiores de Justicia.

- Necesidad de un Protocolo que regule claramente todas las cuestiones relativas a la anonimización de los datos y necesidad de las herramientas informáticas para proceder a la disociación de los datos en el expediente judicial electrónico.
- Creación y desarrollo de la figura de la Autoridad de Control para velar por el cumplimiento de la normativa sobre Protección de Datos de Carácter Personal en relación con ficheros con fines jurisdiccionales, tal y como establece el Reglamento de la UE 2016-679.

## **¿Tiene solución la administración de justicia?**

Por último, procede responder a la pregunta inicial de si la justicia tiene solución.

Y concluimos que necesariamente la justicia debe tener solución, dada su naturaleza y la función que desarrolla en un estado social y democrático de derecho.

La primera de estas soluciones pasa por definir las competencias de sus intervinientes-responsables, que no han quedado resueltas con las distintas reformas orgánicas. Dichas competencias se distribuyen entre: Ministerio de Justicia, a través de la Secretaria General de la Administración de Justicia y superior jerárquico del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia; la del Consejo General del Poder Judicial, a través de la Presidencia del Tribunal Superior, sus Salas de Gobierno y Jueces Decanos y la Administración Autonómica ejercida por los Departamentos, a través de los Cuerpos y Escalas del Personal al servicio de la Administración de Justicia. Además se dan distintos ámbitos de gobierno, como son La conferencia Sectorial de la Administración de Justicia, que está integrada por el Ministro de Justicia y los titulares de Justicia en las CCAA. La comisión Nacional de Estadística Judicial, competencia del Ministerio de Justicia e integrado por representantes del Consejo General, Fiscalía y Comunidades Autónomas. El CTEAJE, Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica, integrado también por miembros de las tres instituciones. Comisiones Mixtas autonómicas y otros convenios.

Estamos viviendo años convulsos por la introducción incesante de cambios, tanto organizativos como procesales y tecnológicos, que implican, al mismo tiempo, un cambio en los métodos de trabajo y relaciones laborales y profesionales; por eso, es imprescindible una actuación unidireccional de todos los poderes públicos implicados en los nuevos procesos de modernización con la implantación definitiva del modelo Nueva oficina Judicial.

La segunda solución resulta de la coordinación y colaboración de todos los poderes y administraciones intervinientes en la justicia.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ya se pronunció, en el año 2013, sobre la vertebración de las funciones del gobierno del Poder Judicial y la organización de la Administración de Justicia, señalando que la reforma que se preparaba entonces de la LOPJ iba a permitir una mejor articulación interinstitucional. Entendía que la precariedad y el deficiente funcionamiento de los instrumentos de coordinación y de cooperación necesitaban del abordaje de la legislación orgánica.

Pasados unos años, el reto continúa y, aunque cada día se fomentan los instrumentos colaborativos y las buenas prácticas a través de instrumentos de coordinación, seguimos necesitando reformas legales que delimiten y garanticen las funciones de las instituciones concordantes y la de los miembros que las integran.

Por tanto, resulta imprescindible culminar el proceso de reformas orgánicas iniciado en el año 2003 y así propiciar la coordinación de los órganos de Gobierno de Jueces y Letrados de la Administración de Justicia.

La tercera solución requiere de la delimitación de competencias de los Letrados de la Administración de Justicia, porque el ámbito competencial de los Servicios Comunes procesales está directamente relacionado con las competencias procesales propias de este Cuerpo.

Últimamente se están planteando problemas de naturaleza constitucional en relación a dichas competencias. La Sentencia TJUE de 16 de febrero de 2017, aunque no cuestiona el reparto competencial entre Jueces y Letrados de la Administración de Justicia si lo hace en cuanto a la naturaleza de las funciones que estos últimos asumen en el proceso, referente a su ordenación formal y material, especialmente respecto de esta última, dada la inevitable conexión del proceso con el ejercicio de la función jurisdiccional, la ordenación jerárquica del cuerpo de letrados de la administración de justicia y su dependencia del poder ejecutivo.

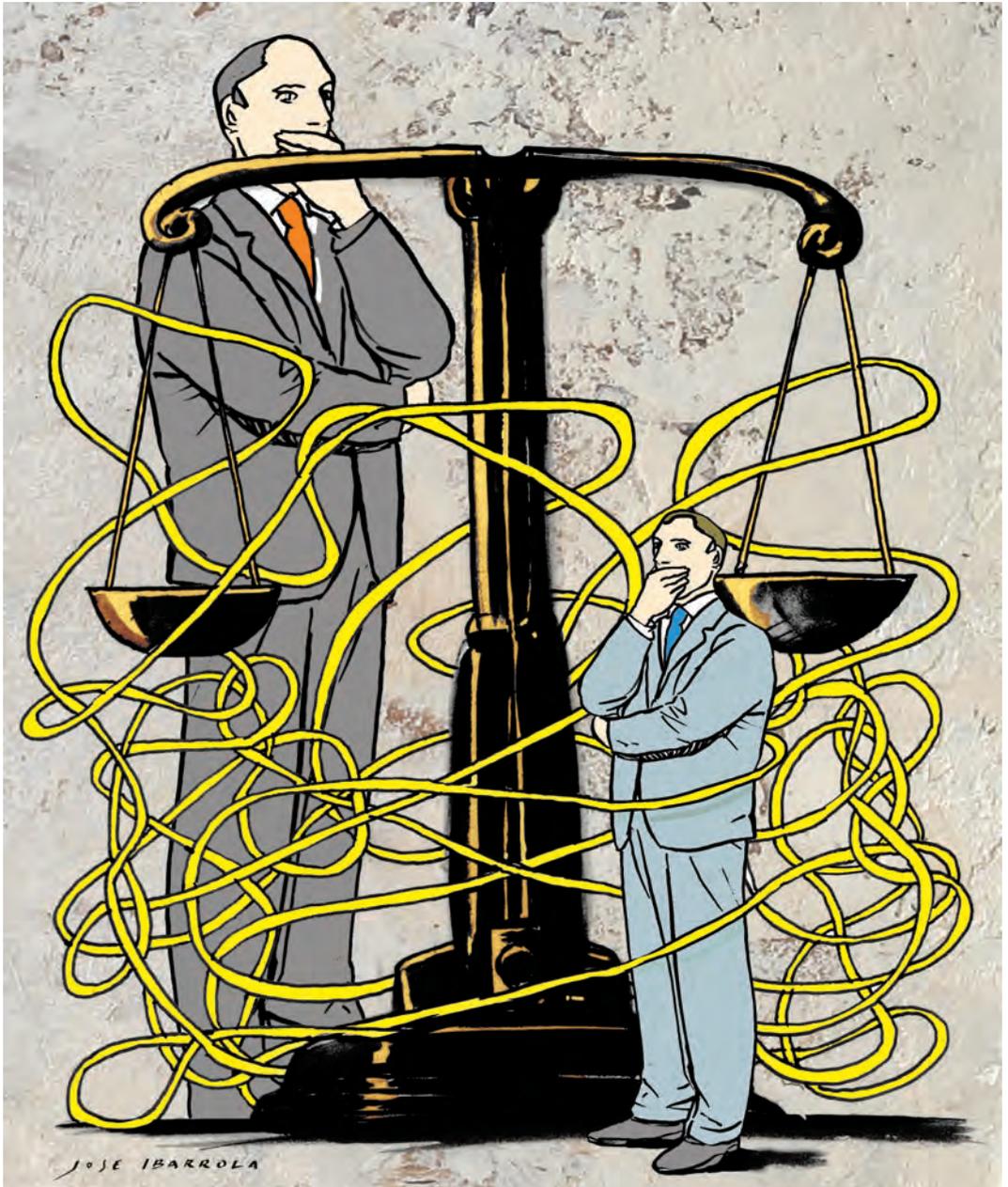
El adecuado funcionamiento de los Servicios Comunes requiere optar entre la atribución de nuevas competencias procesales a los Letrados de la Administración de Justicia en los órdenes Contencioso-Administrativo y Penal, o, para el caso de que sea cuestionada la naturaleza de estas competencias, acudir a otra alternativa, ya valorada por la doctrina, como es la transformación de dichos profesionales en jueces de lo procesal, integrándolos en el Poder Judicial.

La cuarta solución precisa del Desarrollo definitivo del expediente electrónico, invirtiendo lo necesario, para que sea un instrumento que finalmente permita al Juez ejercer la jurisdicción con agilidad, propiciando un proceso que respete la legalidad y amparando el derecho de los ciudadanos.

Finalmente, y para conseguir que se entrecrucen las responsabilidades y no suceda que uno por otro nadie asuma su propia competencia, es necesario realizar un esfuerzo de análisis y reflexión entre todos, haciendo hincapié en una escrupulosa observancia de cada atribución y un cumplimiento riguroso del marco definido por el legislador, lo que conlleva un máximo respeto institucional. Esto último debiera primar sobre cualquier otro principio.

Abundando en lo anterior, incidir en que en cualquier proceso de transformación resulta necesario que, una vez definido el modelo, su estructura sus objetivos y principios, los ejecutores impulsen los cambios que el legislador ya ha marcado. Llevamos muchos años, y es hora de asentar la NOJ, asumiendo todos su alcance y legalidad.

Aunque siempre habrá lugares comunes que finalmente debemos trascender, dando paso a la altitud de miras que se corresponde con la importancia de hacer una buena justicia.



# IZQUIERDA Y DERECHA ANTE LA JUSTICIA PENAL

JOSE LUIS RAMÍREZ

## ¿Una política criminal unitaria?

El concepto de justicia penal es polisémico, por lo que pierde capacidad explicativa, si no se acota previamente el significado. En él se engloban, entre otros, referentes tan distintos como el derecho penal, el derecho procesal, la delincuencia, las víctimas, la policía como instancia de prevención del delito, la policía en la investigación del delito, la fiscalía, los tribunales de justicia, la organización judicial, el Consejo General del Poder Judicial, los abogados, el proceso penal declarativo, el proceso de ejecución o la Administración Penitenciaria. De forma más precisa cabría referirse al sistema penal como aquél que tiene encomendada la prevención, persecución y castigo de la delincuencia, distinguiendo dentro de él el subsistema policial, el judicial y el de penas.

Una buena política criminal, como parcela de la política general que recae sobre la criminalidad y su control, cuyo diseño y realización compete al poder político, sea en el ámbito legislativo (Parlamentos) como ejecutivo (Gobiernos y Administraciones), ha de ser consciente de esos distintos planos y de su diverso valor, de las funciones diferen-

ciadas que cumplen y los distintos principios que los fundamentan, pues podría ocurrir que un determinado problema fuera consecuencia de una disfunción en una instancia pero no de otra.

Por otra parte, y a sabiendas de que simplificamos en exceso la cuestión, podemos trazar una línea divisoria entre una política criminal de orientación progresista y otra conservadora, ambas democráticas. Mientras esta última considera el delito como fenómeno tendencialmente individual, la primera nunca pierde de vista la configuración de la estructura social, encontrando en la marginación y defectuosa socialización, y las alteraciones psicosociales vinculadas, las principales, si bien no únicas, explicaciones. Lógicamente, las estrategias, preventivas y sancionadoras, para abordar el fenómeno diferirán: en el primer caso, se centrarán en el reforzamiento del control penal y la exclusión del delincuente de la vida social; y, en el segundo, en la potenciación de los instrumentos de integración y resocialización y de otras instancias informales de control social (v.gr. la educación). No obstante, tanto para una orientación como para la otra, también al menos tendencialmente, el sistema judi-

cial y el proceso penal deben configurarse, ante todo, como espacio de garantías. Si el proceso se activa para investigar el delito cometido, verificar si una persona identificada es o no responsable de ese delito y, en caso positivo, castigarla, se hace necesario establecer cautelas ante el riesgo de error o abuso por parte de los poderes públicos encargados de esa verificación.

Sin embargo, tres acontecimientos han difuminado la línea de demarcación entre una y otra orientación y han cambiado el contenido de ese elemento común compartido, de ese espacio de consenso que debía ser el proceso.

(1) En primer lugar, el progresivo desmantelamiento del Estado de bienestar, o, en nuestro caso, la interrupción definitiva de su proceso de implantación a partir de la crisis de 2008. Como consecuencia de ello:

a. Si el pacto social ya no puede fundarse en la asunción por los Estados de la obligación de erradicar las causas económicas y sociales de la vulnerabilidad y la incertidumbre de la ciudadanía (paro, desigualdad económica, explotación laboral...), que se dicen en manos de los mercados, el poder político, precisado de legitimación, ha de buscar la fuente de legitimidad en otro lugar. Y la refundación del pacto se encuentra en la redefinición en clave penal de todos y cada uno de los conflictos sociales. Se desplaza, en consecuencia, el foco de atención: desde la precariedad, la desigualdad y la inseguridad personal social, fruto del mercado, a la inseguridad personal, vinculada con el delito. Inseguridad, en ocasiones, ficticia; pero, en otras,

crecientemente real, pues al tiempo que la pobreza genera más delincuencia clásica, la globalización hace emerger nuevas y temibles formas de delincuencia.

- b. La ausencia de políticas sociales provoca el colapso de las instituciones de integración, lo que favorece el delito que sólo puede ser atajado por la vía del control social formalizado que supone el derecho penal. En suma, en palabras de Bourdieu, se materializa la sustitución de la mano izquierda del Estado (educación, salud y asistencia social) por la mano derecha (policía, sistema de justicia penal y cárcel), y se convierte la respuesta penal, no ya en la *última ratio*, sino en la *única ratio*, con lo que invisibiliza el conflicto social al redefinirlo en clave penal.
- c. La "tentación populista", siempre presente en el ámbito del delito, se ve reforzada. El delincuente es percibido por quienes, en una situación existencial precaria, cumplen con la ley como alguien ventajista que decide violar las normas en beneficio propio, alguien con quien no puede empatizarse y que debe ser severamente corregido. Por contrapartida, se pasa de un modelo en el que los intereses de las víctimas reales quedaban englobados en los intereses públicos a otro en el que la variada tipología de víctimas (reales, potenciales, ficticias, individuales o asociativas) presiden y orientan el debate político criminal.

(2) El segundo acontecimiento a considerar es la sustitución del paradigma ilustrado de racionalidad y de la política del largo

plazo por el paradigma de la posverdad (en el que no cabe distinguir entre hecho e interpretación, ciencia y opinión, verdad e ideología) y de la política del corto plazo o, incluso, instantánea. Ruiz Soroa, se refiere, en este sentido, a la aceleración del tiempo y la obsesiva atención hacia el acontecimiento presente, lo que genera dos efectos: la necesidad de agotar la respuesta, también de modo instantáneo, y la aparición de la dictadura del corto plazo. En las democracias aceleradas, se opera en la convicción de que es posible conocer en tiempo real los deseos de la sociedad (como si ésta fuera un todo homogéneo) y darles inmediata respuesta política en una especie de democracia instantánea. Se recurre así al supuesto sentimiento popular como fuente de la decisión política última. Y, comoquiera que la opinión pública se nutre, fundamentalmente, de la información de medios de comunicación que dispensan a la delincuencia un tratamiento sensacionalista, propio de las crónicas de sucesos, son, en definitiva, los grupos de interés y presión que los respaldan, y un amplio elenco de opinadores tan polivalentes como poco formados, los que acaban constituyendo esa relevante instancia de control social informal, en teoría reservada a los citados medios. Por otra parte, la eclosión de la sociedad digital, con sus comunicaciones en red que han posibilitado la emergencia de nuevos espacios de información y debate, aun fragmentarios y desestructurados, al evidenciar cierto consenso en el tratamiento simplista de la delincuencia, y pretender extraer de él consecuencias políticas, no ha supuesto un cambio sustancial.

En definitiva, la asunción acrítica por la clase política de ese supuesto sentir popular

modifica también el papel de aquélla, que, de creadora de opinión, pasa a ser simple receptora de la opinión ajena.

(3) A lo anterior se suma que el recurso prioritario al sistema penal, para dar solución a distintos conflictos sociales, se ha convertido en una opción estratégica de la izquierda en determinados ámbitos. En suma, ciertas posiciones progresistas alcanzaron la conclusión de que el derecho penal podía instrumentarse para el logro de diversos objetivos sociales, como técnica activa de cambio o transformación. La tentación era intensa: los medios expeditivos inherentes al uso del derecho penal y la aparente automaticidad, sencillez y escaso coste del instrumento hacían irresistible su uso, pues, en cualquier caso, siempre cabría conseguir efectos simbólicos y, con ello, créditos políticos. El derecho penal entra así de lleno en la agenda social de los partidos políticos, organizaciones sociales y grupos de presión progresistas. De esta forma, v.gr. se generaliza la idea de que la violencia es el factor determinante y explicativo de la desigualdad entre los géneros, soslayando otros factores de peso.

La conjunción de todos estos tres complejos acontecimientos aproxima, en la práctica, el tratamiento de la delincuencia en las políticas criminales de izquierda y derecha. El sistema de penas es un buen ejemplo. Se articula sobre la base de la pena de prisión para todo tipo de delitos, excluyendo para los menos graves otras penas alternativas de mayor eficacia y virtualidad resocializadora, como las pecuniarias y las privativas y restrictivas de derechos, o los trabajos comunitarios. Se establecen penas de privación de libertad generalmente de media duración y

largas, pero también se potencian las penas cortas de libertad, pese a sus efectos criminales, y se endurece notablemente el régimen de acceso a los beneficios penitenciarios. Un sistema disfuncional, excepcionalmente duro e ineficaz, aceptado por todos y configurado de este modo por el temor ante la incompreensión de una opinión pública cuyas pulsiones represivas, paradójicamente, se han incentivado.

Pero, además, se ha producido un preocupante cambio significativo de orientación en otro marco institucional central que debía ser un escenario de consensos: el proceso penal, y en el agente institucional que lo preside: el juez.

### **Del proceso como sistema de garantías al proceso como sistema de control de fuentes de peligro**

Bauman ha descrito gráficamente el contexto: libertad y seguridad son dos valores indispensables para la vida humana, pero difícilmente reconciliables de modo plenamente satisfactorio, por lo que están en continua tensión dialéctica. El movimiento pendular es el resultado de dicha tensión. Y todo indica que, en la actualidad, en el movimiento que va de la seguridad a la libertad se ha producido una frenada en seco y que iniciamos a gran velocidad el cambio de rumbo. Pues bien, en ese contexto se enmarca el cambio de conceptualización del proceso penal y de la figura del juez.

Los ordenamientos constitucionales parten de un principio de sana desconfianza hacia el ejercicio del poder por parte de los poderes públicos, en tanto que proclives al

abuso y a la arbitrariedad. De ahí que articulen diversos mecanismos para prevenir, corregir y sancionar dichos excesos. Se articulan, así, como sistemas de garantías que se instauran en distintos ámbitos, permitiendo la reacción de la persona afectada. Ello explica que el derecho penal constitucional contemple diversos principios limitadores (entre otros, sólo ha de proteger frente a conductas socialmente dañosas, esto es, que afecten a las necesidades esenciales de la convivencia social externa, y ello para evitar la policialización de la vida social, lo que se produciría si la comisión de conductas inocuas pudiera dar cobertura a la intervención estatal. Además, en la definición de los delitos, deben emplearse fórmulas precisas y verificables en la realidad, pues de emplearse términos vagos y valorativos (malo, injusto), la constatación de si se ha realizado o no la conducta acabaría dependiendo de los prejuicios ideológicos de quien aplique la ley).

Pero, también, el derecho procesal penal constitucional, que habilita al Estado para intervenir en la vida del ciudadano, con la finalidad de comprobar si realizó el hecho prohibido por la norma, y si, en caso positivo, debe imponérsele la sanción correspondiente, pivota sobre diversos principios estructurales limitativos del poder (garantías procesales y orgánicas). En suma, la formalización del castigo obliga, en el modelo constitucional, a respetar escrupulosamente un catálogo de garantías antes de imponer la medida coactiva. Entre esas garantías destaca la presunción de inocencia, hasta el punto de que se convierte en el elemento esencial del sistema, como expresión abreviada del conjunto de derechos que definen el estatuto de la persona inculpada. El inculpado ha de

ser tenido por inocente, tratado como inocente y juzgado como inocente, hasta el momento en que su culpabilidad haya quedado acreditada más allá de toda duda razonable.

En este modelo, los sujetos institucionales que participan en la persecución penal se posicionan en la investigación y en el proceso, asumiendo roles diferenciados, lo que respondería al principio de división de poderes. Unos, más vinculados con el Ejecutivo, se encargarían de la prevención, investigación técnica y acusación (policía y ministerio fiscal); y, otros (el juez), de la garantía de los derechos (durante la investigación y juicio oral) y del enjuiciamiento. El juez no es un policía, ni un fiscal. Es un tercero imparcial que actúa en el marco de un proceso de partes en el que se deben respetarse rigurosamente las garantías, como paso previo a la decisión que le pone fin y que se sustenta en la ley democrática, un sujeto ante el que otros deben probar sus hipótesis sobre la comisión de un delito a través de pruebas, que aplica la ley del legislador democrático.

Lamentablemente, el modelo procesal, que había permitido alcanzar cierto consenso entre derecha e izquierda política, está sometido a un fortísimo cuestionamiento de hecho, pese a que se dice defenderlo. Fruto de la conjunción de factores que se analizaron anteriormente, los ciudadanos han perdido esa sana desconfianza hacia los poderes públicos agentes del sistema penal. A cambio de una sensación de mayor seguridad personal, el ciudadano renuncia voluntariamente a aquellas libertades, traducidas en garantías, establecidas para prevenir los abusos estatales.

(1) En primer lugar, está en cuestión el papel del juez como garante imparcial de

la presunción de inocencia. A grandes rasgos, con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978, época en la que la judicatura era un simple apéndice del ejecutivo, el subsistema penal judicial se integraba naturalmente en el policial, pues ambos desempeñaban cometidos de defensa social. Tras el texto constitucional, se inicia el proceso de independización de la magistratura, ideal nunca alcanzable plenamente, si bien se mantuvo la anómala figura del juez instructor, lo que impidió la recepción de la filosofía del control propia del constitucionalismo, pues ¿cómo cabe que quien dirige la investigación criminal, convencido de la participación de una persona en el hecho que indaga, se autoimponga límites al indagar y garantice la presunción de inocencia de la persona que considera responsable del delito?

La situación se ha agravado. La independencia judicial tiene una vertiente conocida: ausencia de dependencia al ejecutivo. Pero se pretende que tenga otra añadida: las resoluciones de los tribunales deben ser acordes con el sentir de la "opinión pública", sea lo que sea lo que esta fórmula signifique, y deben administrarse y dictarse de modo ejemplar. Esa mención benévola al sentimiento del pueblo y a sus intuiciones sobre la justicia, olvida que la mayor parte de nuestras garantías procesales, esenciales para calificar el sistema de democrático, son contraintuitivas (v.gr: derecho a guardar silencio vs "*quien calla es porque algo oculta*").

Por otra parte, ha adquirido raigambre una forma de entender el papel de los poderes del Estado, próxima a la doctrina de la "unidad de poder", en oposición al principio de división de poderes. En suma, se viene

a afirmar que en determinadas “luchas” (el empleo de la terminología bélica es sintomático), “*todos estamos en el mismo barco*”. Se olvida así que el espacio del poder judicial no es el de la definición o ejecución de las políticas generales.

La proliferación de protocolos e instrucciones elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, con el propósito de que sean obligatoriamente aplicados por los jueces, elevándolos pretendidamente al rango de norma legal, o la existencia de una institución como el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, con sede en el propio Consejo del Poder Judicial (no cuestionamos la necesidad de la existencia del organismo, sino su centralización en el seno del Poder Judicial), ejemplifican el estado de cosas.

(2) Pero, además, está en cuestión la propia naturaleza del proceso, que transita de la presunción de inocencia a la contraria presunción de culpa, ya que su cometido esencial será el control de las fuentes de peligro que provienen de las personas sospechosas. Deja así de ser un espacio de debate reglado, articulado como sistema de garantías, para convertirse en un espacio de reproche e inoquización, articulado como sistema de prevención del delito. El subsistema policial se adueña así del subsistema judicial-procesal.

## **Un ejemplo: el tratamiento penal de la desigualdad de género**

Es innegable que existe un problema de desigualdad estructural entre hombres y mujeres, que se encuentra en la base de conflictos de muy diversa tipología y que se refleja

en numerosos ámbitos de nuestra organización social. Un problema cuya visibilización adquiere un carácter, cada vez más, manifiesto, y cuyo punto de inflexión mediático, en nuestro Estado, lo constituyeron las manifestaciones y celebraciones del pasado 8 de marzo. Son también evidentes la insuficiencia de las respuestas políticas a ese problema estructural y a sus manifestaciones, y la necesidad de articular soluciones colectivas. Pero han de preocuparnos también las consecuencias de la estrategia de criminalización de este grave problema social.

Elena Larrauri ya alertó del hecho de que, cuando se recurre al derecho penal para abordar un conflicto social, debemos ser conscientes de que el derecho penal redefinirá el problema social en los términos impuestos por el propio sistema penal. Esto es, cuando se crea y pretende aplicar un delito determinado (v.gr. maltrato en el ámbito de la pareja), será necesario individualizar la conducta y el sujeto y, además, verificar en el caso concreto que el sujeto ha llevado a cabo esa conducta respetando las reglas del proceso. Con ello, necesariamente, se soslaya la responsabilidad del contexto social que mantiene el soporte que permite el concreto acto de violencia, lo que produce resultados insatisfactorios. Cabe objetar que tal efecto no es contradictorio con la posibilidad de que el problema estructural se aborde desde otras estrategias no penales. Sin embargo, la desaparición del Estado de bienestar, la reducción drástica del gasto social y la pérdida de peso de otras instancias de control social informal estimularán el uso prioritario de la solución penal, más barata, simbólica y visible para el ciudadano. El problema social de desigualdad se convierte en exclusiva

en un problema de control del delito, de orden público.

Pero hay otro efecto colateral: las limitaciones propias de un modelo constitucional penal y procesal penal de garantías se percibirán entonces como obstáculos, con lo que se fomentará la rebaja, cuando no la supresión, de esas garantías. A continuación, veremos algunos ejemplos prácticos de lo anterior. No obstante, antes es necesario hacer dos matizaciones. La primera, es que no se cuestiona la necesidad y conveniencia de la intervención penal en algunos ámbitos de este grave problema social. Simplemente se oponen los principios del "derecho penal mínimo", de raíz constitucional, a la tentación del involutivo "derecho penal máximo". Se trata, como tantas, de una cuestión de límites. La segunda, es que resulta indiferente preguntarse si, detrás del cambio de modelo, hay un "diseño inteligente" que persigue directamente la deflación del sistema de garantías, o si el resultado es el efecto reflejo de una política criminal ideada con otras intenciones. Lo relevante, en cualquier caso, son esos efectos. En este sentido, las posiciones punitivistas defendidas por el feminismo oficialista contribuyen tendencialmente a este resultado. Veamos algunas amenazas sobre el proceso penal.

(1) Las funciones materiales del proceso penal (durante la investigación, elaborar una hipótesis que permita reconstruir un hecho del pasado →v.gr. A mató a B→, y en el juicio oral, someter a verificación y refutación esa hipótesis) quedan sobrepasadas por la función simbólica: es necesario que la ciudadanía perciba que se lucha inequívocamente y con dureza contra el problema de la desigualdad de género. Las condenas o absoluciones son

concebidas como éxitos o fracasos. Un juicio a una persona acusada de un delito de agresión sexual se convierte en un juicio a la violencia sexual machista y al patriarcado. Toda absolución es un paso atrás. Toda condena que no sea ejemplar es una derrota. Ello genera una presión adicional sobre los sujetos institucionales que intervienen en el proceso, en especial, sobre aquél que debiera ser un tercero imparcial del que se exige que tome partido en la contienda.

(2) Se produce una mutación del objeto del proceso. Éste se desplaza del hecho a la persona. Que el hecho sea, en principio, poco lesivo (v.gr: unos insultos o amenazas leves) es irrelevante. Lo importante es que constituye un indicio de una personalidad peligrosa que debe ser sometida de inmediato al control del Estado. Como el concepto de "violencia" se amplía exponencialmente, el supuesto autor de la misma acaba siendo etiquetado como "maltratador" o "violador", con independencia de las características concretas del hecho que se le atribuye.

(3) Como lo relevante no es tanto el hecho pasado sino la posibilidad del hecho futuro, debe activarse automáticamente un amplio arsenal de medidas cautelares para prevenir ese riesgo. Igualmente, la simple condena a una pena determinada en el tiempo es insuficiente. En tanto estimemos que subsiste el riesgo, el penado debe quedar sujeto a la acción del Estado. Las penas deben tener duración permanente o indeterminada.

(4) El proceso penal de la presunción de inocencia pretende reconstruir el pasado conforme a reglas. El proceso penal del riesgo pretende pronosticar el futuro. El problema de fondo es que difícilmente ello puede tener lugar conforme a reglas limitadoras.

(5) Se pretende salvar la incerteza mediante el recurso a los expertos, cuyas opiniones se sobrevaloran y aceptan acríticamente, lo que plantea problemas de método y de filosofía política. En el mejor de los casos, se puede proporcionar información de tipo estadístico acerca del porcentaje de casos en los que, concurriendo ciertas variables, se ha cometido un delito. Pero de lo que se trata es de saber si, en el caso particular, el concreto sujeto cometerá o no un delito en el futuro, y no si, sujetos de similar biografía personal y extracción sociocultural, han cometido delitos en el pasado. Cabe objetar que una información de ese tipo (sujetos de esas características han delinquido en un 80 % de casos) es relevante para hacer pronósticos de futuro. Pero con ello, en primer lugar, asumimos que hemos realizado una imposible equiparación entre individuos (si partimos de que cada ser humano es irrepetible); y, en segundo lugar, aceptamos que existe un 20 % de posibilidad de error, lo que deja abierto un inquietante interrogante: ¿cuál es el porcentaje de error aceptable en un sistema democrático para restringir la libertad de una persona? Si se afirma que hay un riesgo para la vida de terceros, ¿por qué no contentarse con un 50 %, o menos? O es que, nos preguntaríamos de forma maniquea, ¿ha de prevalecer la libertad sobre el derecho a la vida?

Por otra parte, se produce una anómala transferencia de poder: son esos supuestos expertos los que se subrogan en la posición del juez y toman la decisión, pues, ¿qué juez cuestionará las conclusiones de un informe de esas características, sabiendo que se expondrá a ser linchado mediáticamente?

(6) Como el sujeto acaba ocupando el espacio central del proceso, gran parte de los

medios de prueba y diligencias de investigación tendrán por objeto el conocimiento de ese sujeto. Se provoca así la entrada de la criminología, la psicología y la sociología en el proceso, con todas sus consecuencias. Y, además, un sesgo que afecta a la prueba del hecho pasado: la valoración de la existencia de una "personalidad peligrosa" como indicio de la comisión del hecho en cuestión, en una especie de círculo vicioso.

Se constata, así, un retorno en toda regla, en ese movimiento pendular referido por Bauman, del programa político criminal de la defensa social de finales del siglo XIX.

Si nos desplazamos hacia el otro "polo" del proceso (la "víctima"), nos encontramos con otros indicadores de cambio:

(1) El derecho penal moderno nace cuando el Estado expropia a la víctima el conflicto, cuando entiende que existe un interés público que justifica esa expropiación y consiguiente neutralización de aquélla. Pueden cuestionarse algunos excesos de esta posición, pero, en definitiva, y sin perjuicio de limar aristas, se trata de una decisión político criminal correcta como instrumento para superar el modelo de venganza privada. Sin embargo, se ha pasado a un modelo de otro signo, en el que el Estado pasa a ser un representante de los intereses de las víctimas, que monopolizan el proceso. Con todo, el cambio radica también en la perspectiva: el Estado de subroga en la posición de una víctima ideal, un arquetipo, más que de la víctima real.

(2) Ello explica la alteración de diversas reglas procesales, que permiten, en definitiva, la intervención de aquélla en cualquier momento del juicio, y que se le dispense la

condición de víctima antes de que por sentencia firme se haya declarado su condición de tal. No se niega que ello pueda ser aconsejable en el ámbito asistencial, sí su conveniencia en el ámbito del proceso penal. Por otra parte, se generaliza su intervención en la fase de ejecución de penas, en la que su opinión es tomada en consideración.

(3) En el terreno de la valoración probatoria penal va adquiriendo creciente respaldo la idea de que existe cierto tipo de denunciante al que debe creerse por definición. Siempre dice la verdad. Por tanto, si los jueces no convertimos su versión en una condena, debemos ser objeto de cuestionamiento. De hecho, la normalización acrítica del concepto de “víctima” en el ámbito procesal, antes de que se dicte sentencia de condena que declare su condición de tal, inevitablemente genera en los asuntos mediáticos una razonable expectativa de condena que, de no producirse, genera incompreensión en la ciudadanía (si era la víctima, ¿cómo es que se absolvió al agresor?).

(4) En esta línea, la perspectiva feminista, que acertadamente introduce la variable de género en el análisis de las instituciones, acaba siendo instrumentalizada, para fortalecer un sistema procesal que, erróneamente, permite fundamentar una condena en la declaración de un solo testigo, no corroborada por otros medios de prueba.

Cuando se trata de valorar un testimonio, lo esencial es la presencia de elementos de confirmación ajenos a ese testimonio. El único modo de sustituir un puro juicio de fiabilidad no controlable (*“te creo porque he visto en tus ojos la verdad”*) por un ejercicio racional de valoración es exigir la concurrencia de datos probatorios adicionales,

ajenos a la declaración del testigo cuya constatación confirmaría la veracidad de lo por él declarado. Tratándose de la declaración, no corroborada, del testigo único, esa valoración racional, intersubjetivamente fiscalizable, no es posible. Se convierte en un mero ejercicio de fe: nos creemos al testigo, y no nos creemos al acusado, simplemente porque nos genera confianza. Pues bien, el mantenimiento de un sistema procesal que acepta como prueba de cargo la declaración no corroborada del testigo único siempre genera problemas de compatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia: si el acusado guarda silencio o niega los hechos, y el testigo los afirma, ¿qué dato adicional, añadido al hecho de que formula una incriminación, es el que nos persuade? Obviamente no podemos valernos de falacias normativistas (como el testigo tiene obligación de decir la verdad, dice la verdad; como el acusado puede legalmente mentir, no dice la verdad). Pero tampoco es lícito servirnos de elementos provenientes del ámbito de la criminología, pues no nos interesa saber qué es lo que estadísticamente suele suceder en determinados contextos, sino si ha sucedido o no en el que se somete a juicio.

Lo cierto, es que hoy día se admite la posibilidad de condena sobre la base del testimonio no corroborado. Y en ese contexto, un concepto como la “perspectiva de género”, que puede ser adecuado en otros ámbitos, sólo puede desempeñar un cometido, apuntalar y reforzar la premisa de partida: la testigo siempre dice la verdad. En esta línea, las últimas sentencias de la Sala II, de las que ha sido ponente el magistrado Magro Servet, muestran el camino.

Para cerrar, se apunta otra tendencia en el horizonte: el surgimiento, dentro de la propia organización judicial, de un grupo de jueces poseedores de un conocimiento especializado sobre la materia, conocimiento al que no habría tenido acceso el resto, que ilustrará al resto sobre cómo interpretar y aplicar la normativa, gestionar el proceso y valorar la prueba en estos casos. Es previsible que previamente se produzca una lucha de poder para seleccionar a quienes hayan de llevar a efecto tal misión, lo que inevitablemente se resolverá en clave político partidista. Pero una vez ello haya tenido lugar, la sustitución de la ley por el protocolo, de la valoración crítica y racional de la prueba,

realizada por el juez desde la “perplejidad”, a la que se refería Muratori, por la valoración sesgada e impuesta desde el exterior, son consecuencias plausibles.

Con las precedentes consideraciones no se pretende negar que puedan existir prejuicios o estereotipos de género en la valoración probatoria que en ocasiones realizan algunos tribunales, ni disfunciones en el ámbito de la intervención penal, en aquellos casos en los que la conducta merece la respuesta punitiva. Simplemente, alertamos de los riesgos de ciertas estrategias político criminales, en las que derecha e izquierda políticas acaban dándose la mano.

# EL LARGO CAMINO HACIA LA IGUALDAD EN LA CARRERA JUDICIAL

MAR SERNA CALVO

“El significado fundamental de la justicia es la paridad en la participación. La igualdad de oportunidades para participar presupone la redistribución de los recursos, así como el reconocimiento de las preferencias culturales de género y sexuales”<sup>1</sup>

La creación, aplicación e interpretación de las normas ha sido una tarea tradicionalmente encomendada a los hombres, de tal forma que se han definido los parámetros del modelo social bajo un patrón exclusivamente masculino. En las últimas décadas, en nuestro país se ha avanzado en construir una sociedad más igualitaria, inicialmente desde el punto de vista formal y progresivamente en la promoción de la igualdad de oportunidades y finalmente en la consecución de la igualdad efectiva.

Muchos son los pasos que se han dado en la incorporación de las mujeres en el poder legislativo y, últimamente, en el ejecutivo, en un número que supera la media de los países de la Unión Europea, lo que facilita el cambio de ese paradigma social construido sobre esos estándares del género masculino y se esté modificando, con una visión menos androcéntrica del derecho, en la labor de creación y adopción de las normas. Sin embargo, esos avances encuentran especiales dificultades para impregnar al poder judicial, uno de los tres poderes del Estado y que tiene una misión tan trascendental en la vida de las personas, como es la aplicación e interpretación de las normas jurídicas.

Nuestro objetivo es hacer un breve análisis de la situación de la carrera judicial y de alguna de las causas que impiden que la igualdad sea una realidad, así como apuntar algunas medidas que permitirían transformar las estructuras tradicionales de la misma.

## ¿La carrera judicial es igualitaria?

Corto es el recorrido de la mujer española en la carrera judicial. Es en el año 1977, cuando ingresa por oposición Josefina Triguero Agudo, la primera magistrada en la historia reciente de nuestro país. Transcurrieron casi cuarenta años en la historia de nuestro país, desde de que por primera vez se permitiera a una mujer ejercer como jueza.

A pesar de que la Constitución de 1931 reconocía el acceso, sin distinción de sexo, a los empleos y cargos públicos, una Orden de 16 de noviembre de 1934 le denegó a la mujer esa posibilidad para acceder a la judicatura, y sólo fue admitida en los puestos de notaria y registradora de la propiedad. Resulta paradójico que fuera la guerra civil la que posibilitara el nombramiento, por el gobierno catalán, el 2 de diciembre de

1936<sup>2</sup>, de la primera jueza, Maria Lluïsa Algarra Coma, al frente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Granollers. Sin embargo, fue destituida de su responsabilidad dos meses después, cuando fue degradada a auxiliar de juzgado. Durante la contienda civil, hubo algún nombramiento más de magistradas, derecho éste que el régimen totalitario anuló y recluyó de nuevo a la mujer al espacio privado, prohibiéndole el ejercicio de cargos públicos durante varias décadas.

Desde la Constitución de 1978 han transcurrido otros cuarenta años de normalidad democrática y de proclamación de la igualdad entre mujeres y hombres en la vida pública y privada. Pero este largo tiempo no ha bastado para poder afirmar que la igualdad de oportunidades y resultados es hoy una realidad en el mundo de la justicia.

Las desigualdades entre hombres y mujeres en este ámbito no son sino un reflejo de las que existen en la sociedad, y resulta sorprendente que en uno de los tres poderes del Estado se sigan perpetuando esas diferencias, e incluso muchas personas niegan que se den. La última encuesta<sup>3</sup> realizada por el Consejo General del Poder Judicial, entre los miembros de la carrera judicial, daba como resultado que el 72 por ciento de sus miembros cree que no existe discriminación interna por razón de género. Sin embargo, el 26 por ciento de las mujeres y el 7 por ciento de los hombres respondieron que sí existía esa discriminación. Las opiniones de magistrados y magistradas varían en cuanto a la necesidad de establecer cuotas para que los nombramientos judiciales recaigan en mujeres: el 33 por ciento de las mujeres y el 13

por ciento de los hombres se pronuncian a favor, cuando el 65 por ciento del total de las personas encuestadas manifiestan su desacuerdo con esas cuotas. Finalmente, el 74 por ciento de las magistradas, frente al 52 por ciento de los magistrados, respondieron que la carrera judicial no facilita la aplicación de medidas de conciliación personal y familiar.

Frente a la percepción subjetiva de los integrantes del poder judicial, el espejo de las estadísticas nos muestra una realidad objetiva bien distinta. Basta, como ejemplo, la imagen de la apertura del año judicial, en el que año tras año, vemos que en la cúpula del poder judicial no hay ninguna mujer.

En los últimos años, la incorporación de mujeres a la función judicial ha sido masiva, y representan el 64 por ciento de la carrera judicial entre las personas menores de 50 años, y el 53,2 por ciento del total de sus componentes. Cuantitativamente, podemos afirmar que la carrera judicial es mayoritariamente femenina.

Pero cuando analizamos cómo se distribuyen en los diversos órganos judiciales, las cifras hablan por sí solas: quién interpreta la norma y fija los criterios jurisprudenciales siguen siendo los hombres, lo que perpetúa ese carácter androcéntrico al que hacíamos referencia. Es en la designación de los llamados cargos discrecionales, que realiza el Consejo General del Poder Judicial, sus órganos de gobierno, cuando operan y se visibilizan esas diferencias.

Ninguna mujer preside, ni ha presidido el Tribunal Supremo, ni las cinco Salas que la forman y de los 83 integrantes, sólo 12 son mujeres. El porcentaje del 14,46 por ciento

de mujeres en el órgano superior es prácticamente el mismo del año 2011. De las 17 Presidencias de Tribunales Superiores de Justicia, sólo una la ocupa una mujer, y en el máximo órgano gubernativo a nivel provincial, las Audiencias Provinciales, sólo el 16 por ciento de ellas están presididas por una mujer. Del total de nombramientos discrecionales realizados por el CGPJ en el período 2014 a 2016 sólo el 19 por ciento ha sido cubierto por mujeres.

Esta ausencia de mujeres también tiene su reflejo en el propio Consejo General del Poder Judicial, responsable de los nombramientos, pues a pesar de la paridad en el número de vocales, preceptiva por la Ley de Igualdad, nunca una mujer ha ocupado su Presidencia, ni por tanto la del Tribunal Supremo. Sólo una de las diversas comisiones del Consejo está presidida por una mujer, la Comisión de Igualdad, y en la Comisión de Economía no hay ninguna vocal mujer.

Esta falta de acceso de las mujeres a los niveles más altos de la judicatura ha sido puesta de relieve por la ONU en el *"Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica"*<sup>4</sup>, de 17 de junio de 2015, que recomienda que el Estado aplique medidas especiales de carácter temporal para lograr un equilibrio de género en la administración pública, en particular en los niveles más altos de la judicatura. Se requieren pues medidas de acción positiva para lograr los objetivos previstos en nuestra normativa interna, que pongan de manifiesto una clara voluntad política de hacer factible que las desigualdades de género en la judicatura desaparezcan.

## **Aplicación de la normativa sobre igualdad y carrera judicial**

Han transcurrido más de diez años desde que entró en vigor la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que diseñó un conjunto de declaraciones y principios, acompañados de medidas de acción positiva para hacer efectiva esa necesaria equiparación en los distintos ámbitos de mujeres y hombres. A pesar de que el artículo 14 de dicha norma establece como criterios de actuación de los poderes públicos –entre los que está el judicial– la participación equilibrada en la toma de decisiones y la efectividad del derecho constitucional de la igualdad, la brecha de género en la carrera judicial no se ha logrado reducir, en un momento en que las mujeres, tras su ingreso tardío en la carrera judicial, ya tienen antigüedades equiparables a la de los hombres. Ese carácter transversal del principio de igualdad de trato y oportunidades que proclama su artículo 15 en la actuación de los poderes públicos no ha sido aún adoptado por el poder judicial.

La ley de Igualdad reguló aspectos parciales de la promoción de la igualdad de oportunidades en el ámbito judicial; en su Disposición Adicional 3<sup>ª</sup> introdujo el artículo 136 bis en la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el que se crea la Comisión de Igualdad, entre cuyos objetivos se encuentra el de *"mejorar los parámetros de igualdad en la carrera judicial"*. Sin embargo, esta Comisión no ha tenido el peso específico que se esperaba de ella como órgano encargado de integrar, de forma activa, el principio de igualdad en la actuación del CGPJ. Podemos señalar, como causas, la falta de voluntad

política de impulso de su actuación por parte del Pleno, tal como evidencia la asignación de su presidencia y de sus componentes a vocales no integrados en la Comisión Permanente del Consejo, y los escasos recursos asignados a la misma, y que ascienden a un 0,2 por ciento del total del presupuesto anual.

Asimismo, la Ley 3/2007 añadió un nuevo párrafo al artículo 433 bis de la LOPJ, en el que se establecía la formación de los miembros de la Carrera Judicial en el principio de igualdad entre mujeres y hombres en la carrera judicial y la perspectiva de género. Podemos afirmar que dicha previsión en una ley orgánica ha tenido poca repercusión, por cuanto la transversalidad de la formación en igualdad ha sido inexistente en los últimos años y los cursos específicos sobre igualdad escasos. En cuanto a las previsiones de formación, en materia de perspectiva de género, uno de los principios contenidos en el artículo 4 de la Ley de Igualdad, no se ha convertido en una realidad, como demuestran los exiguos pronunciamientos –no llegan a 60– del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia que mencionan en su interpretación dicho precepto legal.

Tras la norma igualitaria, el CGPJ aprobó en el año 2010 el Reglamento, aún vigente, sobre la provisión de plazas en los órganos judiciales, de nombramiento discrecional, que estableció como principio rector para proceder a dichos nombramientos la adopción de medidas que *“favorezcan la promoción de la mujer con méritos y capacidad”*, requisito éste que al ser remarcado muestra una cierta desconfianza sobre la competencia de las mujeres que quieran acceder a

cargos de libre designación. De otro lado, para las plazas al Tribunal Supremo y para las de carácter gubernativo y jurisdiccional, se valoran, entre otros méritos, el tiempo de servicio activo en la carrera judicial y en los órganos colegiados, además de la docencia.

Vemos, pues, que las normas y criterios de ascenso dentro de la carrera judicial no son neutrales, sino que tienen como efecto la limitación de los nombramientos de mujeres en los puestos de mayor responsabilidad. Las barreras que limitan la igualdad de resultados en los nombramientos discrecionales existen, tienen su origen tanto en los méritos que se valoran, como en la antigüedad que se pondera y en la falta de voluntad política clara en promover a las magistradas en puestos de libre designación. Baste recordar que, en la encuesta antes citada, el 23 por ciento de los magistrados encuestados declaran compatibilizar su trabajo judicial con la docencia, frente al 8 por ciento de las magistradas. Si hay dificultades para conciliar y para compatibilizar su trabajo con otras actividades profesionales, nos tenemos que preguntar por qué la docencia se valora como un mérito importante para esos nombramientos discrecionales, y si no es un criterio aparentemente neutral que tiene como efecto perjudicar a las mujeres.

Más allá del resultado de las encuestas internas, muchas son las similitudes que se dan en la carrera judicial con las que existen en el ámbito laboral, en que los puestos de decisión están mayoritariamente ocupados por hombres. Un acceso igualitario a esta función pública no puede ocultar las desigualdades reales existentes en la sociedad, por la ausencia de un reparto equilibrado de

las responsabilidades familiares en el ámbito privado. A título de ejemplo, del total de 287 excedencias solicitadas por miembros de la carrera judicial desde el año 2013, solo 3 han sido solicitadas por jueces.

La equiparación de la duración de los permisos de maternidad y paternidad y el carácter intransferible de los mismos podría ser un elemento que ayudara a una mejora de la conciliación y del referido reparto de los tiempos.

No podemos olvidar, por otra parte, que la presencia de más mujeres impartiendo justicia y en los puestos superiores de interpretación de las normas, debería ir acompañada de otros elementos que mejoren, no sólo la accesibilidad a la justicia, en condiciones de igualdad, sino también impartir justicia con perspectiva de género. La integración de la dimensión de género en la función jurisdiccional, mediante la interpretación de las normas civiles, penales, sociales o administrativas, es un elemento importante para eliminar las situaciones discriminatorias en dicha función. La aplicación del derecho debe ser imparcial, pero no es neutral, ya que se efectúa sobre una realidad de roles y funciones contruidos socialmente y que perpetúan las diferencias entre hombres y mujeres, estereotipos sociales que aportamos también las mujeres cuando realizamos la función jurisdiccional.

Resulta pues necesario que mujeres y hombres de la carrera judicial juzguen con perspectiva de género, siendo conscientes del papel de las mujeres en la estructura social, construida bajo el modelo masculino, argumentando y combatiendo esos estereotipos que implican mantener la desigualdad y dificultan el acceso a la justicia de las

mujeres. Ello supone un esfuerzo específico e intenso en la formación de las personas que acceden a la carrera judicial y del resto de sus componentes, para lograr la neutralidad a la hora de impartir justicia y la superación de aquellos estereotipos, especialmente los de género. La aplicación de un protocolo para juzgar con perspectiva de género en los distintos órdenes jurisdiccionales resulta importante para lograr dicho objetivo.

Un último apunte sobre la visión androcéntrica del derecho y de su aplicación es el de la utilización de un lenguaje sexista, que produce la invisibilidad de las mujeres en todos los ámbitos. El lenguaje jurídico de las leyes y demás disposiciones, de las sentencias y otras resoluciones judiciales está lleno de referencias exclusivamente masculinas, y oculta la dualidad social. Aquello que no se verbaliza no existe y la utilización del masculino genérico, singular o plural, encubre la diversidad que existe tanto en la sociedad, como en la carrera judicial.

Es comúnmente aceptado hablar de "el legislador" entre los juristas, con independencia de quién haya emanado la norma. En nuestras disposiciones legales las referencias a las personas que intervienen en la justicia son mayoritariamente masculinas: *el demandante y demandado, el empresario, el trabajador, el secretario o letrado judicial, el juez, el abogado y procurador, el perito, el registrador, el notario, el deudor y el acreedor, el reo, el penado*, entre otros, son términos comunes y habituales. Estos son algunos de los muchos ejemplos en lo que se utiliza el género masculino singular, incluso en normas aprobadas en los últimos años, ya vigente la Ley de Igualdad de 2007. Ade-

más, el Derecho sigue priorizando lo que es humano, bajo el parámetro de lo masculino. Solo hace falta acudir a expresiones o conceptos existentes en las normas que nos confirman esta visión: la figura del “hombre bueno” o del “buen padre de familia” (Código Civil, artículo 1104), expresión ésta que en Francia se sustituyó recientemente en Francia por la de “persona razonable”.

La falta de reconocimiento de la presencia de mujeres en el ámbito de la justicia y su ocultación en el lenguaje culmina con la falta de datos estadísticos sobre quiénes y cuántas son las personas usuarias de la justicia en los diferentes órdenes jurisdiccionales, el distinto papel que cada género asume en el proceso o la forma de finalización del mismo.

Resulta cuanto menos sorprendente que quién tiene que interpretar las normas y exigir su cumplimiento, no muestre una voluntad explícita de que las mismas se apliquen en su ámbito específico de actuación.

## **Algunas propuestas de futuro**

Esta rápida radiografía muestra que el camino de la igualdad efectiva en la justicia está aún lleno de obstáculos. Largo es el trayecto andado, desde que fue nombrada la primera jueza hace más de ochenta años, con amplios períodos condenadas al ostracismo en el ejercicio de la profesión judicial. Pero pueden pasar otros ochenta años si no se remueven los obstáculos en el acceso a los diferentes estamentos de la carrera judicial.

Deben adoptarse medidas de acción positiva, de carácter temporal, que permita el desarrollo de la carrera profesional de las mujeres en condiciones de igualdad, fijar un porcentaje anual mínimo de mujeres en los nombramientos discrecionales. Para ello y ante la opacidad actual en dichos nombramientos, éstos deberían ser objetivados, por una norma específica, que garantizara su transparencia y precisar los méritos no discriminatorios.

La Comisión de Igualdad del CGPJ ha de ocupar un papel central y transversal en el impulso de las medidas necesarias para garantizar la igualdad en la carrera judicial y en el acceso a la justicia, con capacidad decisoria y recursos humanos y económicos suficientes que garanticen su efectividad. Aspectos como la formación obligatoria en la integración del principio de igualdad, adopción de medidas de conciliación personal y laboral, y disminución de las cargas de trabajo en determinados supuestos, impulso del lenguaje no sexista, junto con la garantía de nombramientos que garanticen una igualdad de mujeres y hombres de la carrera judicial, son algunas de las medidas más urgentes.

La justicia, en sus diferentes aspectos, ha de favorecer una participación paritaria de las personas que imparten justicia, pero también de las que acuden a solicitar reconocimiento o redistribución de sus derechos. Se requiere una apuesta clara para que la igualdad en la justicia sea real y efectiva. Esa es la auténtica democracia participativa.

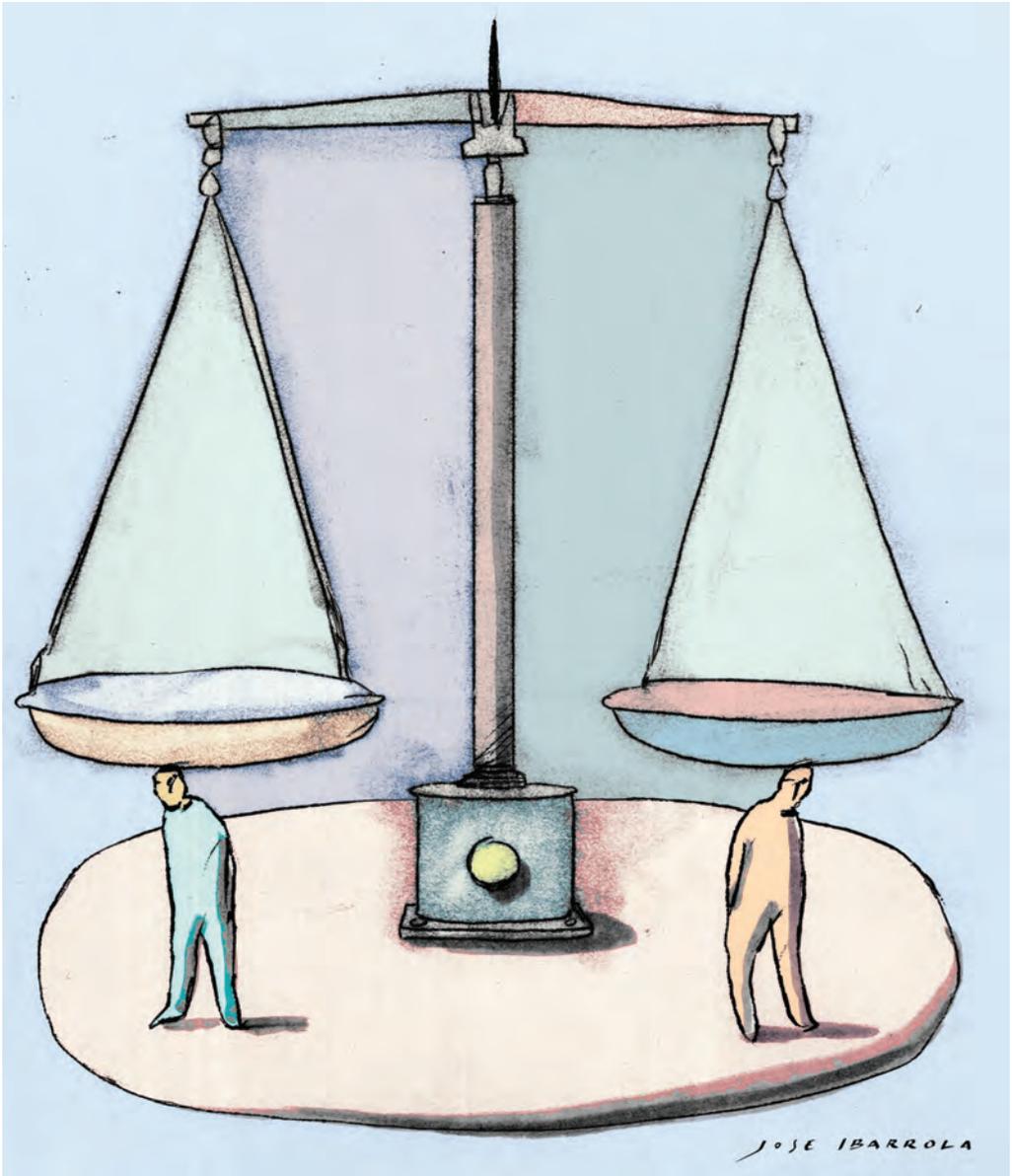
## NOTAS

<sup>1</sup> NANCY FRASER, citada por KJERSTI FJORTOFT en "Justicia, reconocimiento y participación". Revista Arenal 19:2 . 2012

<sup>2</sup> VAZQUEZ OSUNA, F. "Las primeras juezas y fiscales españolas(1931-1939): Las juristas pioneras". Revista Arenal. Vol 16, 1. Universidad de Granada. <http://revistaseug.ugr.es/index.php/arenal>

<sup>3</sup> VI Encuesta de la carrera judicial [http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpi/menuitem.65d-2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=1170076e66eff410VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=es\\_ES](http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpi/menuitem.65d-2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=1170076e66eff410VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=es_ES)

<sup>4</sup> [https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/informesMNPEspania/onu/2\\_INFORME\\_DISCRIMINACION\\_MUJER.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/informesMNPEspania/onu/2_INFORME_DISCRIMINACION_MUJER.pdf)



# PERSPECTIVA DE GÉNERO. LA (R)EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA

LUCÍA AVILÉS PALACIOS<sup>1</sup>

“Éramos un pensamiento silencioso escondido en los rincones del olvido.  
Hoy somos una voz que puede hacer retumbar el firmamento”.

*Khalil Gibran*

## Introducción: El Laberinto Patriarcal

Resulta lógico pensar que si la igualdad proclamada, tanto en la Revolución francesa de 1789 como en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art.7), fuera “realmente real” y “universal” no existirían datos estadísticos sobre brecha salarial<sup>2</sup>, feminización profesional<sup>3</sup>, techo de cristal, o violencia de género<sup>4</sup>. Una de cada tres mujeres en el mundo es golpeada, obligada a mantener relaciones sexuales o sometida a otros abusos a lo largo de su vida<sup>5</sup>. Unas cinco mil mujeres son asesinadas por miembros de su familia en defensa de su honor en todo el mundo y una de cada cinco asegura haber sufrido abusos sexuales durante su infancia<sup>6</sup>. Además, los matrimonios forzados, la esclavitud, la mutilación genital, la trata de mujeres y niñas para trabajos forzados y explotación sexual son un fenómeno generalizado<sup>7</sup>. 479 millones de mujeres en el mundo no saben leer y escribir. Representan las dos terceras partes del total de adultos analfabetos.<sup>8</sup> Con este panorama, estaremos de acuerdo en las dos herramientas básicas para lograr una sociedad igualitaria, **Educación** y **Justicia**, como caminos complementarios y necesarios para una única meta: la defensa de los derechos humanos, especialmente los de las mujeres y menores; y, especialmente, los de las mujeres y menores frente al sexismo. Sin embargo, pese a la teoría, a la vista de los datos anteriores, es posible constatar la globalización de un escenario discriminatorio que, a su vez, ha globalizado la violencia contra las mujeres.

Sin duda, esta forma de construir la realidad ha repercutido en la calidad de las democracias y de las sociedades, porque está enraizada en profundas convicciones sociales. Un paso importante ha sido, desde luego, el reconocimiento de la igualdad, pero sólo eso, aunque es condición necesaria, no es suficiente hacia la igualdad real. **No nos engañemos. La igualdad jurídica o formal es buena, pero la igualdad real es mejor.** Mucho mejor. La propia Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, Ley de Igualdad) reconoce que “*el pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aún habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente*”, por lo que “*una igualdad plena y efectiva es una tarea pendiente que precisa nuevos instrumentos jurídicos*”.

Hoy día es posible pensar, porque las leyes así lo reconocen, que mujeres y hombres son legalmente iguales en su diferencia mutua, de tal forma que las diferencias entre sexos a priori no comportan una desigualdad legal. Sin embargo, históricamente, las diferencias entre sexos y las diferencias legales están estrechamente unidas. El Derecho, como todos los ámbitos del conocimiento humano, se ha conformado mayoritaria e incluso exclusivamente por hombres. La inclusión de las mujeres ha sido como objeto mismo de conocimiento: normalmente para dar cuenta de su condición de inferioridad, y, siempre, teniendo como modelo de lo humano al hombre y a lo masculino/heterosexual. Las mujeres quedaron privadas, tanto del proceso de creación de la norma, como de su aplicación e interpretación. **Si las mujeres estaban excluidas de la vida política, tampoco podían participar en el poder legislativo y, por tanto, sus intereses y derechos eran sistemáticamente ignorados en las políticas públicas y en las normas, en su interpretación y aplicación.** Hoy día, a pesar de las políticas de igualdad, aún tenemos menos de un cuarto de posibilidades de que la voz de las mujeres de todo el mundo se incluya en los procesos de decisión y transformación jurídica de la sociedad. Según la Unión Interparlamentaria, sólo hay un 23,4% del total de parlamentarios en el mundo que son mujeres. Menos de un cuarto. Y su presencia es minoritaria e incluso anecdótica en los Tribunales Supremos de muchos países. En España es de solo el 14%.

## Teoría jurídica feminista

Una de las características del feminismo (o de los feminismos) es su diversidad y transversalidad; características que, si bien han impedido históricamente definirlo de una única manera, lo han consolidado como **la toma de conciencia del propio género que determina una forma de ver y estar en el mundo.** El feminismo combate la existencia de estereotipos o patrones culturales que, más allá de las meras diferencias sexuales y más allá de la propia individualidad, han construido las identidades sociales del hombre y de la mujer y contribuido al “reparto de papeles” y la consiguiente subordinación estructural, histórica y sistemática que marca significativamente nuestra propia existencia como mujeres y que nos impide o dificulta, en no pocas ocasiones, la realización plena de nuestro proyecto vital. El Feminismo Jurídico (*Iusfeminismo*), como disciplina académica, pretende la deconstrucción del androcentrismo jurídico desde una interpretación con perspectiva feminista de la creación y aplicación de las leyes. Considera que la Justicia, como ideal del Derecho, es –o debería consolidarse– como un discurso jurídico basado en la igualdad real y, por tanto, asentada en los postulados feministas.

A la vista de la falsa universalidad de los derechos, “blindados” además por una igualdad formal (que por sí misma cree garantizar la igualdad real), el feminismo elaboró una teoría crítica del derecho, entendiendo que no bastaba con eliminar toda forma de discriminación en la ley, sino que debía eliminarla también de la propia aplicación de la ley. Para ello investigó cómo el derecho, esto es, tanto la norma como su aplicación práctica –que no es una simple cuestión mecánica regida por el principio de legalidad–, habían tratado históricamente a las mujeres y creado de forma paralela un modelo de mujer (“la mujer creada”) a imagen y semejanza de “la mujer imaginada” y construida socialmente de acuerdo con los estereotipos de género. El interés

del pensamiento feminista sobre el derecho determinó el nacimiento en los años setenta de la *Feminist Jurisprudence*, desarrollada en Europa y Estados Unidos<sup>9</sup>. Al impulso de las diversas olas feministas las teorías jurídicas feministas, movidas por la voluntad de reescribir “el sexo de la ley” afirmaron que el derecho es sexista, es masculino y tiene género<sup>10</sup>.

**Es sexista** porque diferencia entre mujeres y hombres, y a ellas las perjudica sistemáticamente. Cada vez hay menos ejemplos, pero estas discriminaciones se han producido fundamentalmente en tres ámbitos: educación, política y trabajo. Si revisamos la Historia reciente española, nos encontramos con algunos. El derecho de las mujeres a votar se instauró en España en el año 1931, por impulso de Clara Campoamor. Por ley 14/1975 de 2 de mayo,<sup>11</sup> se anuló la llamada “licencia marital”, lo que significa que, desde hace sólo cuarenta años, las mujeres españolas casadas podemos trabajar, sacarnos el carnet de conducir y el pasaporte, sin la autorización de nuestros maridos. Hasta 1981,<sup>12</sup> las mujeres no ostentábamos la patria potestad de nuestros hijos e hijas. La igualdad de la retribución para el mismo trabajo se introdujo en la Ley de 1961,<sup>13</sup> y es una aspiración que continúa presente. Hoy día encontramos algunos vestigios, siendo el más claro el art. 57 de la Constitución para subordinarnos en el orden a la sucesión a la Corona.

En la segunda etapa se afirmó que **el derecho es masculino**, porque la ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres. Se afirmaba que los hombres son quienes tienen socialmente el poder –también el jurídico, pues son los legisladores, abogados y jueces–, son el único sujeto de derecho, y, con ello, la experiencia masculina es el único punto de vista posible, porque la norma no tiene en cuenta las experiencias y necesidades de las mujeres. Un ejemplo claro lo encontramos en los llamados “delitos sexuales”, que han legitimado un discurso jurídico moralista y plagado de prejuicios que parten de un modelo masculino de sexualidad, que presume que existió consentimiento en las relaciones sexuales, determinando que lograr una condena en muchos casos requiera la acreditación de una resistencia heroica.

Finalmente se afirmó que **el derecho tiene género**, pues las relaciones de poder, que son la causa de la desigualdad de las mujeres, se reflejan en la norma jurídica. Pensemos en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral que, sin una necesaria redistribución del llamado “trabajo que sostiene la vida”, no llegará a ser efectiva, pues son las mujeres quienes lo llevan a cabo.

Además, el estudio de las normas y de la jurisprudencia ha evidenciado que la utilización del lenguaje en las leyes y en las resoluciones judiciales nunca ha sido casual. Bajo el velo –casi sacrosanto– del “masculino genérico”, se ha invisibilizado a las mujeres y a sus experiencias vitales. Y mediante la instrumentalización del lenguaje por quien lo aplica han aparecido condicionantes sospechosos, como el androcentrismo, incluso en un discurso jurídico elaborado y formalmente neutro y objetivo.

## **Juzgar con perspectiva de género: Una técnica jurídica vinculante.**

### **Marco normativo**

La positivación de los postulados iusfeministas, gracias al reconocimiento internacional de la dimensión de género en la aplicación e interpretación de las normas, ha impuesto desde la de-

construcción de lo jurídico la plena realización del principio de igualdad y no discriminación. La perspectiva de género **permite constatar con argumentos jurídicos que, de manera sistemática, se ha construido la norma jurídica y su hermenéutica en torno a lo masculino singular, olvidando las singularidades de las personas, especialmente las de las mujeres, y pretende ser la herramienta de interpretación necesaria (ajustada a la realidad actual según el art. 3 del Código Civil español) para enfocar los conceptos de discriminación y violencia, mostrándonos que son un fenómeno estructural y sistemático y no algo anecdótico entre sujetos socialmente aislados.**

**Juzgar con perspectiva de género** permite transformar las prácticas de aplicación e interpretación del derecho y actuar de una manera global sobre el conflicto jurídico, personas, hechos y norma jurídica, aplicando una visión crítica de la realidad. Es un método crítico de conocimiento de la norma jurídica, tanto sustantiva como procesal, así como de expresión en las resoluciones, desvinculado de estereotipos y roles discriminatorios universales, que evita contribuir a su perpetuación. **Nos permite “ver” y nos impulsa a ser curiosos, testarudos y garantes de derechos, para reparar y dignificar a quién parte de una situación vital y social de desventaja frente a la desigualdad.** Bajo este contexto constatado de desigualdad, la jueza o el juez deben interpretar los hechos de una manera neutral y sin estereotipos discriminatorios. Y a partir de aquí, deconstruir la norma jurídica y cuestionar su pretendida neutralidad, argumentando en la sentencia las desigualdades detectadas de tal manera que se pueda generar un precedente que abra el camino a otros casos similares.

En el plano internacional destaca en 1.979 la aprobación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW, ratificada por España en 1983), que es el primer instrumento internacional que recoge el compromiso mundial para erradicar la discriminación contra la mujer. En América Latina, la “Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia sobre la Mujer” (“Belém do Pará”) reconoce expresamente que la violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. Al ratificar la Convención CEDAW y la Convención Belém do Pará los Estados, se comprometieron a adoptar medidas de todo tipo encaminadas a dispensar a la mujer un trato igual, y, en particular, a adoptar medidas judiciales en todas las etapas del procedimiento (art. 15.2 CEDAW), entendiéndose que **quienes impartimos justicia tenemos la posibilidad de “traducir” la legalidad vigente para convertirla en realidad para las personas, evitar la “revictimización” y evidenciar el compromiso del Estado con la Justicia generando que las demandas de justicia se hagan efectivas a nivel nacional evitando las instancias internacionales.** De hecho, Naciones Unidas condenó a España por no actuar con la diligencia debida en el caso “Ángela González Carreño” (representada por *Women’s Link Worldwide*), en el Dictamen adoptado por el Comité CEDAW de 18 de julio de 2014, donde se denunció la larga historia de violencia de género sufrida, que concluyó con el asesinato de su hija por quién fue su ex pareja y padre de la menor, y se reconoce la responsabilidad del Estado español y la vinculación entre los estereotipos de género en el proceso y su derecho a un proceso no discriminatorio:

*“Al respecto el Comité destaca que los estereotipos afectan al derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y que la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica”. Recomendó a España*

*“proporcionar formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica que incluya formación acerca de la definición de la violencia doméstica y sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del Comité, en particular la recomendación general núm. 19”. Es en esta recomendación nº 19 sobre la Violencia contra la Mujer (1992), donde el Comité CEDAW afirmó que “La Convención se aplica a la violencia perpetrada por las autoridades públicas... los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización”.*

En 1993, la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer hizo mención a este tipo de violencia especificando que una de las formas de violencia contra las mujeres era aquella perpetrada o tolerada por el Estado (violencia institucional).

En México, el excelente trabajo realizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Mexicana dio lugar en 2013 a la publicación del “Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, Haciendo Realidad el Derecho a la Igualdad”. Se pretendió dar efectividad a las medidas de reparación ordenadas por la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos en el caso “Campo Algodonero”, en el que se declara que en los casos de violencia contra las mujeres, el art. 7.b de la Convención Belem do Pará impone “obligaciones reforzadas” en cuanto al deber de diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres y se condena al Estado mexicano a la creación de instrumentos y estrategias de formación en perspectiva de género y derechos de las mujeres dirigidos a las mujeres.

La Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Judicial Iberoamericana –de la que España forma parte– define el Protocolo como una *“herramienta para reconocer la necesidad de incorporar la perspectiva de género en el quehacer judicial, responde a las obligaciones adquiridas a nivel internacional con la ratificación de diversos instrumentos, convenciones y tratados, y realizar un autoexamen sobre los roles, prejuicios y estereotipos que se pueden tener frente a un caso determinado y que puedan perpetuar la discriminación y la violencia contra la mujer”*. El modelo mexicano y el compromiso y confianza que ha generado su aplicación también desde las más altas instancias judiciales, está asentado en Latinoamérica de tal manera que otros países como Argentina, República Dominicana o Bolivia también lo promueven y lo asumen como método jurídico normalizado y “herramienta de trabajo” plenamente coherente con la independencia e imparcialidad judiciales.

En Europa, desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam el 1 de mayo de 1.999, la igualdad entre mujeres y hombres además es un principio rector de la política de la Unión Europea y de sus miembros. **Se ha superado la inicial visión estratégica de la igualdad y se ha optado por acciones transversales de perspectiva de género (*mainstreaming gender*)**. En el caso español, la transversalidad ha tenido como resultados más importantes la Ley de Protección Integral contra

la Violencia de Género de 28 de diciembre de 2004 y la Ley de Igualdad, sin olvidarnos de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas, y la más reciente Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

En España no contamos con un protocolo, pero sí con un potente marco jurídico de referencia. De hecho, la igualdad entre mujeres y hombres es un derecho fundamental del que todo juzgador y toda juzgadora ha de partir como estándar normativo aplicable en toda resolución o sentencia porque –además– así lo establece la propia ley y, por tanto, es un mandato jurídico vinculante. Arranca del **artículo 9.2 de la Constitución**, clave de la perspectiva de género, por cuanto impone a los poderes públicos –y el judicial lo es– la obligación de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” y de “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”. A partir de aquí, descendemos al **artículo 4 de la Ley de Igualdad** que eleva “la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (a) principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”. Tiene, por tanto, la eficacia característica de los principios generales del Derecho según el artículo 1.4. del código civil. Es fuente del derecho y principio informador del ordenamiento jurídico. Tampoco podemos olvidar la naturaleza compleja de la igualdad jurídica en España en su triple dimensión: como derecho, como principio y como valor. Asimismo, repercute directamente sobre los criterios de interpretación recogidos en el artículo 3.1 del código civil.

## La (R)Evolución de la Justicia

Como recuerda el **Consejo General del Poder Judicial en la Guía Práctica de 2016** sobre la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que con cita a las sentencias del Tribunal Supremo Sala 4a, 1046/2010 de 7 de diciembre, y otras que recogen su interpretación, entre ellas la del TSJ de Andalucía 960/2012, 25 de marzo, del TSJ de Madrid, 119/2012, de 22 de febrero, afirma en relación con la interpretación de las normas con perspectiva de género que *“ello exige al Poder Judicial razonar con una lógica distinta de la de épocas pasadas y que resulte útil para remover los obstáculos que dificulten la igualdad efectiva”*.

El pasado 24 de mayo, el Tribunal Supremo fue pionero, adoptando de una forma global la perspectiva de género en la Sentencia 247/2018, de 24 de mayo, de la Sala de lo Penal en un supuesto de tentativa de asesinato y maltrato habitual de un hombre a su pareja (mujer). Uno de los avances de la misma es la atribución por primera vez a las mujeres víctimas de **violencia machista** de la condición de **testigos privilegiados, porque son sujetos pasivos del delito**. Por eso, tratarlas judicialmente como simples testigos, *“desnaturaliza su verdadera posición”*.

También en un pronunciamiento histórico, sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección Cuarta, STS 1263/2018, de 17 de julio, los avances en perspectiva de género y la autocrítica a las instituciones del Estado son patentes al reconocer los fallos cometidos por el

Estado en el caso de Ángela González (anteriormente citado) y la **obligatoriedad de cumplir las recomendaciones de los organismos de derechos humanos (Comité CEDAW) y los tratados internacionales ratificados por nuestro país (art. 96.2 CE).**

La importancia del género en la toma de decisiones judiciales evidencia la necesidad de que las juezas y los jueces recibamos una adecuada y completa formación inicial y continua en materia de igualdad, máxime si, como dice el art. 8 de la Carta Magna de los Jueces, *“la formación es un elemento importante para garantizar la independencia de los jueces, así como la calidad y eficacia del sistema judicial”*. Por tanto, es prioritario que juezas y jueces nos concienciamos de la desigualdad por razón de género, de tal manera que se pueda prescindir definitivamente de la sensación de que el derecho tiene género y su género es masculino, y aceptemos la formación obligatoria y transversal en materia de género como sinónimo de Justicia de calidad. A nivel estatal el **Pacto de Estado en materia de Violencia de Género (aprobado por el Congreso de los Diputados 28.9.2017)**, se comienza a materializar en este aspecto, en la proposición de Ley orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial para proporcionar formación especializada en materia de género a juezas y jueces (BOCG de 27 de abril de 2018). Juzgar con perspectiva de género forma parte de nuestra tarea jurisdiccional y constituye un paso importante para la construcción de una plena, en términos de igualdad, Justicia. Nacer y ser mujer es un factor de riesgo en nuestra cultura y solo adquiriendo conciencia de la actual ocultación y/o naturalización de la desigualdad y del abuso de poder de un sexo frente al otro, podremos encontrar la forma de garantizar plenamente a las mujeres el derecho de vivir una vida libre de violencia. Y esta tarea la Justicia tiene un indudable papel estelar.

## NOTAS

<sup>1</sup> Magistrada, profesora colaboradora de la Universitat Oberta de Catalunya, socia de la International Association of Women Judges y socia fundadora de la Asociación de Mujeres Juezas de España.

<sup>2</sup> Según el informe que desde 2006 realiza cada año el Foro Económico Mundial (WEF por sus siglas en inglés) sobre el grado de desigualdad entre hombres y mujeres (The Global Gender Gap Report), la brecha entre hombres y mujeres no será posible de cerrar hasta dentro de 170 años, a pesar de que vamos avanzando, evidentemente. En la actualidad se encuentra en trámite la Ley de Igualdad Salarial.

<sup>3</sup> Aportamos mucho al trabajo, pero lo hacemos de modo diferente, lo que tal vez signifique menos adhesión a la tradicional mística masculina del trabajo y un límite, por tanto, a la alienación. Y eso es, creo yo, lo que subyace semioculto en el discurso masculino que recela del trabajo femenino. Laura Mora, *“Civilizar la organización del trabajo”*, Editorial de Duoda, Revista de Estudios Feministas, no 30, 2006, pág. 14.

<sup>4</sup> Según cifras oficiales en el periodo 2003-2018 ascienden a 966 las mujeres asesinadas por sus parejas o ex parejas en España.

<sup>5</sup> Amnistía Internacional.

<sup>6</sup> Organización Mundial de la Salud.

<sup>7</sup> La trata de seres humanos (art. 177 bis del Código Penal), la esclavitud de nuestro tiempo, constituye una grave violación de los derechos fundamentales. Una de sus modalidades, la que tiene por objeto la explotación sexual de las personas, especialmente de mujeres y niñas -sus principales víctimas- es una de las más graves manifestaciones de la desigualdad que sufrimos las mujeres en muchos lugares del mundo (también en nuestro país) y constituye una clara expresión de la violencia de género, entendida en el sentido amplio de violencia ejercida sobre las mujeres por el hecho de ser mujeres, o violencia que afecta a las mujeres de manera desproporcionada (artículo 3, d) del Convenio de Estambul).

<sup>8</sup> Especialmente llamativa es la brecha que encontramos en el sur de Asia (77% de hombres frente a 58% de adultas alfabetizadas), el norte de África (82% vs 66%) y África Subsahariana (69% vs 53%).

<sup>9</sup> Son fundamentalmente las académicas feministas quienes transportan el concepto de género de la psicología al análisis jurídico. Así Judith Butler , Nancy Levit, Catharine MacKinnon, entre otras.

<sup>10</sup> A lo largo de tres etapas, de la igualdad, de la diferencia y de la diversidad.

<sup>11</sup> Ley 14/75 de 2 de Mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges.

<sup>12</sup> Ley 11/81, de 13 de Mayo, sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y Régimen económico matrimonial.

<sup>13</sup> Ley de 22 de julio de 1961, por una propuesta de ley presentada por la Sección Femenina franquista se aprobó la Ley sobre Derechos Políticos, Profesionales y de Trabajo de la Mujer.

# LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: TRANSCENDENCIA Y SINGULARIDADES

FERNANDO VALDÉS

## 1.

Uno de los debates más reiterados en la teoría del constitucionalismo es la interpretación constitucional. Este debate se presenta dotado de una notable problematicidad, debido, en síntesis, a dos factores: de un lado, a las todavía no pacificadas teorías de la interpretación *sans phrase* y, de otro, a las características del objeto a interpretar. Bien que escrita hace casi dos siglos, conserva toda su actualidad la afirmación del juez del Tribunal Supremo norteamericano John Marshall, contenida en la sentencia *McCullach vs. Maryland* (1819), a tenor de la cual “*no olvidemos que es una Constitución la que estamos interpretando*”.

Sin entrar a examinar el primero de los debates sobre la interpretación, el relativo al concepto mismo, en el lenguaje jurídico de ese vocablo; resistiendo, repito, la tentación de irrumpir en ese debate, lo primero en lo que conviene reparar es en la expresión que he formulado; esto es, la de “*interpretación constitucional*”. Es a esta noción a la que, a mi juicio, resulta obligado conferir dos atributos: transcendencia y singularidad.

En el Estado constitucional, la función reguladora de la Constitución comprende el conjunto del sistema jurídico; o, por expresar la misma idea en otros términos, la heterogeneidad y pluralidad de los instrumentos normativos y de los actos administrativos y contractuales alcanzan su unidad a través del texto constitucional. De ahí, la transcendencia que, en un ordenamiento jurídico complejo asentado en los valores de la libertad, igualdad y democracia, asume la interpretación constitucional.

Esta transcendencia, como ha hecho constar María Luisa Balaguer, se explica por la interrelación existente entre constitución y ordenamiento jurídico, de modo que la interpretación constitucional adquiere unos perfiles propios y diferenciados de la interpretación del propio texto al que se atribuye la calificación de constitucional. Con vistas a garantizar esa función unificadora del sistema jurídico, las tareas de la interpretación no pueden circunscribirse exclusivamente a las disposiciones constitucionales. Desde luego, tales disposiciones conforman el núcleo fuerte del ordenamiento; pero el texto constitucional es una norma abierta que entra en diálogo de manera constante

con las disposiciones infraconstitucionales, las cuales han de acomodarse a ese universo de derechos, principios y valores de dimensión constitucional.

En otro orden de consideraciones, conviene dejar constancia de que la interpretación constitucional cumple diversas funciones, en atención a quien sea el intérprete y a cuáles sean las instituciones (en el supuesto de que efectivamente las haya) que determinan la validez de las decisiones interpretativas. El jurista polaco Wroblewski ha identificado tres tipos principales de funciones en la labor de interpretación constitucional: la función de orientación, a través de la que se ofrece información acerca de las medidas o actos conformes o contrarios a las normas constitucionales; la función de aplicación, que se convierte en operativa cuando la constitución es directamente aplicable y, por último, la función de control, que es la que asumen las instituciones –que en el derecho comparado pueden no responder a una naturaleza jurisdiccional– que verifican la conformidad o no de las leyes al texto constitucional.

Ni que decir tiene que es esta última función de la interpretación constitucional la que desempeñan, allí donde funcionan, en los diferentes sistemas jurídicos, tribunales constitucionales (TCs). Y desde luego, es la que ejercita el Tribunal Constitucional español (TC), al conocer y sustanciar los recursos de inconstitucionalidad y los conflictos entre órganos constitucionales, tal y como los mismos han sido definidos por la propia Constitución (art. 161.1, a) y c), CE) y regulados por los títulos II, capítulo III, y IV de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 2 de octubre (LOTC). En relación con los

recursos de amparo (art. 53.2 CE y título III LOTC), la modalidad que mejor se acomoda a la naturaleza de los mismos es, en mi opinión, la función de aplicación.

## 2.

La existencia de una extensa bibliografía sobre la materia a examen sugiere, al menos en una primera impresión, que es ésta una interpretación que difiere de otras, de la legal en particular. Desde luego, la interpretación constitucional comparte las características de todo tipo interpretativo, incluido el que versa sobre las leyes, tal y como las mismas son delimitadas por la teoría general. A partir de esta genérica e indiscutible conclusión, la doctrina científica se encuentra dividida en dos bloques: quienes niegan que la interpretación constitucional posea peculiaridades específicas que exijan métodos interpretativos especiales y quienes defienden la tesis contraria, concluyendo en que esta categoría interpretativa reúne singularidades propias.

En mi opinión, la principal objeción que cabe verter a este debate reside en la falta de correspondencia entre la noción manejada –interpretación constitucional– y la norma que se define como objeto de la interpretación: la constitución. En otras palabras, hay una confusión entre interpretación constitucional e interpretación de la Constitución. En tal sentido, y por aludir a un ilustre jurista italiano, Riccardo Guastini descarta “*que los textos constitucionales sean diferentes de cualquier otro texto normativo*”. No lo son, por lo pronto y a su juicio, por el objeto que disciplinan, “*la materia constitucional*”, ya que, en un buen número de sistemas jurídicos, esta materia,

además de regulada por la constitución, lo está por leyes. Tampoco lo es por su contenido normativo, pues el enunciado de valores, principios y programas no es una exclusividad de los textos constitucionales, detectándose también principios y valores, por ejemplo, en códigos civiles y penales. Y, en fin, tampoco puede derivarse especialidad alguna, por el hecho de que la interpretación pueda afectar a relaciones políticas, pues una afectación semejante ni es propia de las normas constitucionales ni todas las normas constitucionales afectan, como criterio hermenéutico de las constituciones, a relaciones políticas.

En verdad y como ya he hecho constar, las argumentaciones a favor o en contra de la presencia en la interpretación constitucional de singularidades especiales, que no se hallan presentes en otras labores hermenéuticas, se basan, en la mayoría de las ocasiones, en un juicio comparativo entre la constitución y la ley o, más en general, en las normas infraconstitucionales. Pero la interpretación constitucional no tiene como objeto único determinar el significado lingüístico, sistemático, teleológico o axiológico de las disposiciones de rango constitucional. Su finalidad es más extensa, cumpliendo una función unificadora del sistema jurídico en su conjunto, dotándole, de manera bien directa (control de constitucionalidad) bien indirecta, a través de la vinculación de sus decisiones a las labores de aplicación o de ordenación que corresponde efectuar a los operadores jurídicos, de ese núcleo de principios y valores que encarna el estado constitucional.

Desde esta perspectiva, entiendo que la interpretación constitucional no se singulari-

za por su objeto sino por su función y sentido. Y es esta circunstancia la que, como intentaré razonar de inmediato en términos de una notable brevedad, exige el empleo recurrente de métodos interpretativos teorizados por la dogmática jurídica para propiciar una adecuada interpretación constitucional.

### 3.

El estudio, tanto descriptivo como conceptual, de los razonamientos llevados a cabo en las más distintas instancias y contextos por los operadores jurídicos, ha tenido un gran auge a partir de la segunda mitad del siglo pasado. Y, como ha acontecido en otros ámbitos de la teoría del Derecho, los debates se han expandido a los diversos aspectos de la argumentación, comenzando por su propia noción.

Con vistas a superar los diversos significados de la expresión "argumentación" ("argumentar" o "argumentos"), Manuel Atienza, uno de los mayores expertos en la materia, propone, con vistas a poder aclarar los plurales sentidos asignados y la relación entre ellos, diferenciar entre *concepto* y *concepción*. Mientras el primer término identifica las propiedades de la noción, el segundo ofrece las interpretaciones razonables de esas propiedades.

En tal sentido, los elementos que definen el concepto de argumentación son, según el autor citado, los cuatro siguientes: argumentar es una acción relativa a un lenguaje, es un uso del lenguaje que exige suministrar razones; la argumentación presupone siempre un problema, cuya respuesta ha de ser a adecuada a ese concreto problema; una

argumentación comporta un proceso y un resultado y, por último, la argumentación es una actividad racional, entendida la expresión en un doble sentido: de un lado, es una actividad orientada a un fin y, de otro, esa actividad ha de ser susceptible de ser evaluada, resultando posible interrogarse sobre su consistencia, adecuación o coherencia.

Estos elementos comunes al concepto de argumentación pueden interpretarse o, tal vez, entenderse a través de tres concepciones: formal, material y pragmática. No es mi intención desarrollar cada una de estas concepciones, bastando destacar, a los efectos que me importan, que las mismas no son inconciliables entre sí, pues cada una se encuentra vinculada con un valor básico de los sistemas constitucionales. La concepción formal, al centrar el razonamiento jurídico más con el resultado que con la actividad, pretende poner en valor la certeza. La concepción material, para la que lo esencial del argumento jurídico es justificar una acción o una medida, se vincula con la verdad y la justicia. Y la concepción pragmática, en fin, lo hace con la aceptabilidad y el consenso.

En definitiva, estas interpretaciones terminan actuando en el universo jurídico como vertientes de un fenómeno que, como la argumentación, tiene un alcance multilateral, siendo cada una de ellas susceptibles de desplegar una mayor o menor relevancia, en atención al escenario en el que la propia argumentación se instala.

#### 4.

Conforme acabo de hacer notar, una de las dimensiones de la argumentación jurídica es la pragmática; esto es, aquella mediante

la que la argumentación misma se percibe y concibe como un medio de interacción con otros sujetos con vistas a obtener la mayor aceptación de ellos. El éxito del discurso argumentativo depende, precisamente, del nivel de aceptabilidad, de su grado de persuasión. Dentro de esta dimensión pragmática, la doctrina (Atienza) suele distinguir dos enfoques. De un lado, el retórico, cuyo objetivo es convencer a entidades, instituciones o grupos sociales que, en la argumentación entendida como resultado, mantienen un papel pasivo o estático. El segundo enfoque es el dialéctico en el que la argumentación tiene lugar entre unos actores –el autor del razonamiento y el receptor– que asumen un papel activo o dinámico.

Ya he hecho constar que las distintas concepciones de la argumentación jurídica no son incompatibles entre sí. No obstante, alguna de ellas puede desempeñar, al menos desde una perspectiva prescriptiva o teórica, una función dominante. Así, puede compararse la idea de que la concepción material describe en términos razonablemente ajustados las decisiones judiciales. El deber de motivación de las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales no se cumple mediante razonamientos meramente lógicos; exige que esos razonamientos sean consistentes, enjuiciada esta nota desde criterios de racionalidad jurídica.

Desde luego, las decisiones del TC responden, ante todo, a una concepción material de la argumentación jurídica. Pero también obedecen a una concepción pragmática con la que se tiende a realzar no ya su actividad jurisdiccional sino, acaso más sutilmente, una vertiente política o sociológica de su propia actividad.

En los Estados constitucionales, los TCs suelen ser identificados no solo como los intérpretes supremos de la Constitución sino, con mayor amplitud, como los supremos intérpretes del ordenamiento jurídico. El deber y la responsabilidad de efectuar interpretaciones últimas sobre el entero sistema jurídico acordes al texto constitucional, de obligado acatamiento por los restantes actores de la más diversa índole (jurídica, política, social o económica) ha reportado a los TCs un indiscutible prestigio. Tal acontece, sin margen alguno de incertidumbre, en los EE.UU en donde la *Supreme Court* llega a ser calificado como órgano de representación de la identidad nacional (Miller). Pero es este un juicio que también es dable predicar, bien que tal vez con algo menos de rotundidad, de países europeos. A fin de evitar la crítica de razonar en el vacío, me limitaré a recordar que Alexy ha destacado que “los derechos fundamentales son lo que son” gracias a la interpretación del tribunal constitucional alemán”. Incluso no me parece una osadía sostener que en España la densidad adquirida en el contenidos de algunos derechos fundamentales, bien que no de todos, es obra de la jurisprudencia constitucional. La invocación de los derechos de igualdad y de tutela judicial efectiva ilustra, me parece, este juicio.

A pesar de su notable reconocimiento social, no cabe desconocer las abundantes críticas que, señaladamente en Europa, se han venido vertiendo sobre los TCs, denunciándose su falta de legitimidad democrática para controlar las decisiones de otros órganos constitucionales, tales como los parlamentos, los gobiernos o el poder judicial. Tal vez la crítica más acusada dirigida a los órganos de la justicia constitucional reside

en que se cuestiona su independencia e imparcialidad, poniendo en duda unos valores que son los que dotan de legitimidad a esos órganos. Sin desconocer la envergadura de estas críticas, no es menos cierto que los TCs pueden actuar, señaladamente en aquellas democracias con déficit de legitimidad social, como moderador de los conflictos de intereses entre el Estado y los poderes fácticos; como un colaborador en el desarrollo de la propia democracia.

En todo caso y en un escenario como el tan brevemente descrito, la argumentación de los órganos de justicia constitucional se presenta “como una poderosa herramienta de auto-legitimación” (Grández Casto). Por enunciar la idea con las palabras de Zagrebelsky, frente al poder político o los poderes de los grupos de presión, de los económicos o de los de los medios de comunicación, los TCs utilizan la fuerza de las razones jurídicas”. Mediante una consistente y coherente argumentación jurídica, estos órganos jurisdiccionales pueden reconectar sus muy relevantes potestades decisorias con la democracia. El reforzamiento de su legitimación actúa como medio justificativo de las limitaciones que su actividad comporta para la propia democracia. En definitiva, cuanto mayor sea la corrección de su argumentación jurídica, menor solvencia tendrán las críticas de falta de legitimidad democrática; y, a la inversa, cuanto más frágiles e inadecuados sean los argumentos jurídicos presentados para sustanciar los conflictos, mayor verosimilitud podrán asumir esas críticas.

Desde esta perspectiva, la argumentación de los TCs, en general, y del TC, en particular, debe de ser entendida, de seguro, como una actividad orientada a dotar de sustancia

jurídico-constitucional a los procesos que se resuelven; a cada uno de ellos. Pero también ha de ser percibida como un medio de legitimar, frente a la sociedad, sus funciones. Los problemas de la interpretación constitucional no se reducen, en última instancia, a meros criterios de técnica jurídica; también plantean cuestiones de comprensión política sobre los valores, derechos y bienes expresa o implícitamente enunciados en un texto normativo que, como sucede con las constituciones, emplea expresiones indeterminadas o ambiguas. Y es que, como bien razona Guastini, la variedad de métodos interpretativos, más que cauces objetivos para encontrar respuestas correctas y únicas desde la Constitución, se erige en modos de entender la propia argumentación a partir de ciertas ideologías interpretativas.

Afirmar que los TCs argumentan sus decisiones es una obviedad. Pero ello no significa necesariamente que las mismas estén bien fundamentadas y, menos aún, que las respuestas sean las adecuadas. Como con notable acierto escribiera Garrido Falla, quien fuera juez del TC español, “una suma de argumentos no asegura una solución correcta”. Pero, añadido yo, una solución correcta favorece su aceptabilidad social, incrementando o, al menos, confiriendo prestigio social al órgano decisor.

Una última observación me interesa aún efectuar, aunque sea con obligada brevedad. La comprensión de las decisiones de los TCs en general, y del español en particular, como un instrumento para potenciar su legitimidad social y política en los estados de democracia representativa está asentada en una concepción pragmática de la argumentación jurídica conforme al enfoque re-

tórico. Sin embargo, este escenario se hace más complejo en aquellos ordenamientos en los que, como acontece en España pero no en Italia, se reconoce a los jueces constitucionales el derecho a expresar su discrepancia con el parecer adoptado por la mayoría. En estos supuestos, el razonamiento de los votos disidentes, además de proyectar un carácter retórico *ad extra*, despliega un sentido dialéctico *ad intra*, pudiendo poner en entredicho o, al menos, mermar la función legitimadora de la propia decisión tomada.

Sin entrar a debatir los argumentos a favor o en contra de la exteriorización de las disidencias en relación con las sentencias constitucionales, no me parece impertinente dejar constancia de dos datos, referidos ambos a la experiencia española. El art. 164.1 CE reconoce a los magistrados del TC, aunque sea de manera indirecta, la potestad de elaborar “votos particulares”, que se publican en los periódicos oficiales conjuntamente con las sentencias. A lo largo de sus ya dilatados años de funcionamiento, el dictado de votos disidentes forma parte de la cotidianeidad jurisdiccional. No obstante, la práctica de esta la disidencia se ha contenido, al menos hasta el presente, en relación con los numerosos procesos constitucionales que se han venido sustanciado con motivo de aquellas medidas, adoptadas por los órganos de la Comunidad Autónoma de Cataluña, destinadas a iniciar procesos de secesión de España. Cuantas resoluciones ha dictado el TC en relación con este asunto han sido acordadas por unanimidad. Enjuiciando estos datos desde la concepción pragmática, no me parece atrevido afirmar que la ausencia de disidencias ha merecido una notable aceptación social, contribuyendo a reforzar la legitimación del TC.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ATIENZA, M. (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Madrid (Ed. Trotta).

BALAGUER, M.L. (1997): *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico* (Ed. Tecnos).

GARRIDO FALLA, F. (2001): "La elaboración de las sentencias del Tribunal Constitucional: una experiencia personal", *Anales de la Real Academia de la Legislación y Jurisprudencia*, núm. 31, pp. 141-148.

GRÁNDEZ CASTRO, P.P. (2010): "Justicia constitucional y argumentación jurídica", *Parlamento y Constitución*, núm. 13, pp. 249-279.

GUASTINI, R. (2008): *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid (Ed. Trotta).

MILLER, A.S. (1978): *The Supreme Court. Myth and reality*, Connecticut (Wesport).

WRÓBLEWSKI, J. (1985): *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid (Cuadernos Civitas).

ZAGREBELSKY, G. (1995): *El derecho dúctil*, Madrid (Ed. Trotta).





ESTE  
MENDEBALDEA



# ESCRITORES VASCOS

JORGE G. ARANGUREN

La primera noción que quisiera exponer en este texto sería la coincidencia de los autores –cuya semblanza voy a trazar– en dos aspectos fundamentales. Ellos cuatro están muy próximos en la edad. Así, Ramiro Pinilla, nacido el año 23; Martín-Santos, el 24; Pablo Antoñana, el 27; y Mendiola, el 29. El segundo dato se refiere a la fecha de publicación de sus primeras novelas importantes. *Las ciegas hormigas* gana el Nadal del 60 y se publica al año siguiente en Destino. *Tiempo de silencio* aparece el 62, en Seix Barral. Mendiola gana también el Nadal en el 62, y Pablo Antoñana sale al ruedo literario el año 63 con *No estamos solos*. Puede hablarse, por lo tanto, de generación –la del 60–, si nos atenemos a las premisas que, de forma habitual, se fijan críticos e investigadores; otra cosa serían los criterios estrictamente literarios y las actitudes éticas, sociales o incluso políticas que se derivan –de manera nítida o solapada– de su obra y que podrían aglutinarlos o marcar las diferencias.

No se me oculta la dificultad que conlleva este acercamiento a nuestros cuatro autores. Además, es tarea difícil aportar nuevas ideas sobre un autor como Luis Mar-

tín Santos, del que se ha dicho casi todo, y esto por parte de personas más dedicadas –y cualificadas– que quien ahora les escribe. Trataré de centrarme en aquellos puntos que me parecen insoslayables, y de arriesgar, en el caso de Pinilla y de Antoñana, alguna idea o interpretación que pueda acercarnos un poquito a dos autores grave y, en ocasiones, bochornosamente postergados por nuestra sociedad literaria y sus grupúsculos de poder.

De entrada, al estudioso le asalta una tentación por otra parte legítima: la de saber qué elementos de unión existen entre estos cuatro hombres de letras, y cuáles, contrariamente, los separan, al margen de su condición de coetáneos y, si me apuran, hasta vecinos. Está claro que, de los cuatro, es Luis Martín-Santos quien recuerda más al intelectual; puede que sea por sus labores de investigación en el terreno de la psiquiatría –una disciplina tan cercana al hombre–, o acaso por sus dotes de gran conversador, brillante polemista y ciudadano comprometido con el mundo –pujante y poco vertebrado– de nuestra política en la década. No obstante, estos cuatro autores reconocen deudas literarias parecidas,

cuando no similares. En el ámbito estricto de las letras, y mientras retrocedemos en el siglo, parece acentuarse la evidencia: el escritor es un autodidacto (nos guste o no lo peyorativo de un término que se usa más para disculpar que para enaltecer a quienes se les aplica). Creo, sin miedo a equivocarme, que el bagaje literario de los cuatro es parecido, aunque los gustos y preferencias varíen substancialmente. También es común a todos ellos –y no podría ser de otra manera– el desvelo por un país que, tras un aciago destino histórico, intentaba evadirse de su último infortunio. La Euskalerría de Pinilla, la Navarra vieja de Antoñana o el Madrid de Martín-Santos no son otra cosa que trozos casi sangrantes de un país descoyuntado, acéfalo y sin norte. Ninguno de los tres –porque Mendiola comienza pronto a preocuparse por otras y diferentes trascendencias– hacen explícito el remedio; pero, al menos, queda la exposición y el testimonio, la denuncia hasta donde era posible, y, sobre todo, una pintura ácida, el friso de un país desamparado (y no desencantado, como ahora es el caso) donde no se veía amanecer. Por lo tanto, son más las coincidencias que las divergencias lo que caracteriza a nuestros cuatro autores. Sin embargo, el eco de sus obras respectivas sí será muy diverso; extremadamente –o exageradamente– favorable en el caso de Martín-Santos, progresivo en Antoñana y Mendiola, y cada vez más débil, por una extraña y del todo injusta relación de causa-efecto, en Ramiro Pinilla, siendo éste, de todos ellos, el escritor de más extensa obra, con libros de una palmaria riqueza de significados.

De una manera menos detectable, estos autores, a través de su narrativa, se ayu-

daron a vivir, lucharon para no perder su albedrío en una coyuntura histórica donde lo fácil era la renuncia a la dignidad propia y colectiva: días de silencio para aceptar lo establecido, doblar el cuello o aventurarse, a ojos cegarritas, por los senderos más gratificados.

*Las ciegas hormigas* es la novela más conocida de Ramiro Pinilla. Fue premio Nadal y premio de la Crítica. No es su mejor relato, aunque tenga un atractivo poderoso y se observen en él algunas de las constantes que se repetirán en el total de su obra (la acción se desarrolla en Getxo, concretamente en La Galea, al iniciarse nuestra posguerra). Pinilla es un novelista fiel a un entorno; como ocurre con Onetti, en la nebulosa Santa María, o con Faulkner en el sureño Yoknapatawa, Ramiro hace de su municipio –el propio Getxo, Las Arenas, Neguri– el ámbito donde se mueven sus personajes. También es fiel a un tiempo histórico concreto, que tendría su límite en el medio siglo y puede retroceder a sus primeras décadas. Ahí se siente cómodo el narrador, quien siguiendo su costumbre de reducir espacios, repite personajes; seres como Asier, la maestra o los Baskardo reaparecen en sus novelas y enlazan con hechos y actitudes descritos anteriormente. Queda también claro que la compresión espacio-tiempo otorga intensidad a estas ficciones y les concede verosimilitud. En *Las ciegas hormigas* se evidencia un motivo común a otros relatos; lo procura el compromiso ético del personaje central, quien, como en la epopeya, lucha con un destino irrefragable y casi siempre adverso. El héroe se deja llevar más por su intuición que por sus reflexio-

nes. Algo profundo, genético, una especie de código instintivo que no necesita explicaciones empuja al protagonista en línea recta. Hay dignidad, no tozudez, en esta forma de dar sentido a lo que, para los demás, sería una actitud disparatada. Es el caso de Sabas en *Las ciegas hormigas*, de Isidora en *Verdes Valles*, de Antonio en *Antonio B. el Rojo*, de Asier en *Huesos* o en *Quince años*; y de manera paradigmática y casi desorbitada, de Txiqui Baskardo, el selvático patriarca que representa al vasco primigenio, no contaminado por el progreso, la gusanera del nacionalismo o el prurito étnico mal interpretado. Este héroe, que siempre hace uso inmarcesible de su libertad (“La libertad –dice Pinilla– es nuestro mayor bien y, a la vez, el don que más nos cuesta preservar”), este héroe, repito, siempre de extracción humilde y obedeciendo a su conciencia más profunda, es también, y aunque él no lo busque a priori, un conductor, un líder, alguien que marca una ruta de la que no va a apartarse lo más mínimo. Pero esta elección, esta seducción, va mucho más lejos, hasta el mundo animal. Así, en *Recuerda, oh, recuerda*, el macho dominante de un rebaño de llamas –seres perniciosos trasladados a Getxo desde ultramar para escándalo y miedo del vecindario– es la bestia señora que simboliza un sentimiento de autonomía no compartido por sus victimarios.

*Seno* es otra gran historia de Ramiro Pinilla y marca un poco el ecuador del novelista. (La herencia de un caserío dará lugar al peregrinaje de los clanes familiares hasta la playa de Arrigúnaga, donde los ancestros se apareaban entre las olas y donde, ahora, sus tataranietas parirán

todas al mismo tiempo para que un infante afortunado herede la casa solariega.) Hay en *Seno*, una vez más, fidelidad a las leyes que impone la naturaleza y simpatía hacia quienes supieron interpretar sus normas indeclinables. Un deslumbramiento colectivo, una locura aceptada con naturalidad crearán situaciones que fluctúan entre lo patético, lo desmesurado, lo chusco y lo maravilloso. Pinilla hace gala de una sorprendente imaginación (no fantasía, que es siempre más fácil y huele a cosa banal); desborda a los lectores con la fragancia de unas fábulas entreveradas y la fulguración de personajes cuyas peripecias se complementan para darnos un mosaico de un dinamismo pocas veces igualado en nuestra narrativa. *Seno* es una novela construida con astucia; el tono nunca sufre alteraciones y propicia una atmósfera peculiar que, desde el comienzo, atrapa al lector y lo sumerge en parajes que nos envuelven suave y tenazmente con su temperatura, sus ritmos, sus relieves y la contundencia de las imágenes.

*El tiempo de los tallos verdes* es un relato cuasipolicíaco. Presenta a un personaje que reaparecerá más tarde en las novelas *Quince años* y *Huesos*. Se trata de Asier, muchacho tullido de las piernas, alrededor del cual se desarrollan tres historias singulares y unidas entre sí. En *Quince años* se dan, cruzadas e irremediables, dos historias de amor, o mejor, de amor y desencanto; ambas tocadas de la perentoriedad y la incomprensión que suelen ser substrato de la infancia y de la adolescencia. Asier resurge, junto a los maestros y el vecindario de Las Arenas, en *Huesos*, novela corta de indudable plasticidad, donde la ternura de

las gentes buenas y humildes, las secuelas de nuestra guerra, el miedo más visceral y los afectos no confesados configuran una historia que roza el virtuosismo. Aquí, la vertebración de la novela, el desarrollo de la anécdota y los diálogos se complementan de tal modo que forman una síntesis perfecta en la que nada sobra y nada falta; es un ejercicio de maestría que pasa –y no podría ser de otro modo– por la naturalidad, el equilibrio y esa fría pasión, o esa fe, que todo gran novelista pone en sus criaturas. La novela está trazada con unas pocas líneas, aunque, eso sí, firmes y vigorosas. La ausencia de retórica es una virtud, y las personas no dan razón de sus sentimientos: cuanto acontece habla por ellas. Las descripciones responden a lo estrictamente necesario; tienen un carácter funcional, nunca decorativo. Parece como si el novelista hubiera alcanzado, en este último relato, la máxima eficacia con el menor número de elementos. Es una especie de “minimal” (si me permiten ustedes la comparación con un “ismo” pictórico) construido con un lenguaje que el propio novelista llamará “invisible”, renunciando a mecanismos verbales que no sean más que eso. Es la sencillez –no la simplicidad– elevada a su enésima potencia.

No quiero dejar de lado la importancia de una novela que Pinilla publicará, en la editorial “Libropueblo”, en la década de los ochenta: *Verdes valles, colinas rojas*. Es el primer libro de una trilogía, cuya publicación ha sido un acontecimiento literario. Nuevamente Getxo, sus vecinos y, una vez más, el enfrentamiento entre el mundo agrario –bueno en sí mismo o, al menos, inocente– y el desarrollo imparable de la

economía industrial y de la vida urbana. En *Verdes valles* se cuenta la derrota del caserío ante la fábrica, la sumisión de la economía de subsistencia ante el dinero, y también la pérdida de identidad de toda una raza –con sus costumbres y tradiciones más queridas– por mor del progreso y de sus tentaciones (Esaú y el plato de lentejas). Hay, sin embargo, en *Verdes valles* una abierta simpatía hacia el proletariado, hacia los tristes inmigrantes de la orilla izquierda, sometidos a los patronos y enfrentados a las primeras escaramuzas –huelgas, paros, manifestaciones– para su paulatina redención. Contrapuesta, la figura de la dueña del caserío –una *etxeakoandre* acomodada y con dengues bucólicos– aparece como el emblema del nacionalismo en su dimensión más empobrecedora. Hay un miedo enfermizo al mestizaje –que supone contaminación– y repudio a quien viene de fuera o aparece por una esquina con otro rostro y otra sangre. Es un miedo particular, egocéntrico, de raíz religiosa. Nace de la propia comodidad, de la hegemonía que se ejerce como derecho.

Debo señalar como notorios los rasgos épicos de alguna de estas novelas. Los personajes se enfrentan, casi siempre, con problemas definidos que parecen rebasarlos. Éstos no se resuelven tras una serena introspección; por el contrario, decide una voz profunda, casi inconsciente, que sobrenada los niveles más hondos de la conciencia: casi pura biología. De semejante forma actúa Sabas, llevado por una fuerza elemental, conducido, inducido; sólo cuando acaba la novela, y ante el hormiguero, se permite un sombrío comentario. O bien Nerea, la niña perturbada por sus celos, o el maestro de

Guecho, dispuesto a expiar hasta sus últimas consecuencias el daño que causará en Asier –espectador involuntario– una esporádica y ajena refriega erótica. Seres, por lo tanto, clavados a su destino, movidos por ese *fatum* del que no logran desprenderse. Y la épica se funde con la moral; los personajes no escapan a los dictados de una conciencia inamovible, no moldeable, que actúa con un rigor casi despótico.

Parecería contradictorio hablar de humor en las novelas de Pinilla, pero este rasgo subyace –mitigando la aridez o el dramatismo de ciertas situaciones– en amplias zonas de aquéllas. *Seno* tiene personajes de una indudable comicidad, como los tiene *La guerra secreta de doña Toda* o *El Salto*. La ironía es el catalizador que con mayor frecuencia emplea el novelista para aliviar rigideces, perfilar mejor un personaje o edificar una metáfora de algo que sólo así adquiere su auténtica dimensión.

Para concluir, conviene señalar la simpatía por una escritura elíptica; lo sugerido, lo no dicho, lo circular y en sombra tienen gran importancia. “*No es lo mismo decir que contar*”, me comentó el autor alguna vez. Y luego: “*Decir nos aproxima al periodismo; contar, a la literatura con mayúsculas. Sin misterio, queda muy poco; el misterio –lo que adivinamos que el escritor ha querido traspasarnos con sutiles referencias– es el secreto, lo cercano a la poesía, lo que nos puede emocionar*”. Ramiro Pinilla sabe –nos lo acaba de decir– que los libros pueden llegar a ser una de las más apasionantes y gratificadoras experiencias humanas.

Un escrúpulo me alcanza a la hora de hablarles de Luis Martín-Santos. Pocas ve-

ces, una obra tan exigua ha despertado tanto interés y ha originado comentarios tan vastos y precisos por parte de ensayistas, profesores y estudiosos de nuestra literatura. Aportar ahora, en tan breve tiempo, ideas originales se me antoja, cuando menos, pretencioso. Por eso he optado por señalar algunas de las notas más sobresalientes que se han apuntado –y que comparto– sobre la novelística del autor donostiarra.

Luis Martín-Santos ve con ojos críticos la sociedad de su tiempo. Digamos que la ve con desasosiego y con dolor, pero no sin esperanza. Esta esperanza en su posible regeneración le llevará a escribir *Tiempo de Silencio*, que, ante todo, será una crítica acerba de las miserias de su tiempo; ritos y mitos puestos en solfa. Parecería necesario afirmar que *Tiempo de Silencio* tiene voluntad moralizadora. Late en el novelista una perplejidad –a veces, rabia no disimulada– ante el dolor, ante los muchos males que padecemos. Y son explicables estos sentimientos en un hombre sensible, enfrentado (no olvidemos que es siquiatra) con las zonas oscuras de nuestra conciencia. Sus exegetas han señalado la influencia en su obra del pensamiento existencialista. Creo que, dentro de ese ámbito, serán los pensadores franceses Sartre o Camús quienes más le impregnarán. Supongo que también conocería –dada su gran erudición– parte de la obra de Jaspers o Heidegger, a pesar de la innegable complejidad y las dudosas traducciones. El protagonista de *Tiempo de Silencio* es un ser débil y desasistido en una sociedad donde lo absurdo tiene unos perfiles casi reales, cotidianos, que se pueden palpar. Enajenado –o alienado–, Pedro llega a

decir, con un convencimiento masoquista, que el castigo es el único consuelo para la culpa, y su auténtica redención.

Se nos ha dicho que *Tiempo de Silencio* es una novela de arquitectura tradicional, que arranca de modelos latinos y emparentada con haceres de nuestro siglo de oro. Goza también del interés por lo histórico, de apoyos culturales y de esa querencia por el cruce de planos, perspectivas y enfoques que la aproximan a la novela-ensayo. (Es notable la decidida intervención del narrador en repetidas digresiones, siempre alejándonos del cauce argumental.) Pero, por muy clásica que ahora nos parezca, por entonces —comienzos del sesenta—, la novela española llevaba otra derrota, y la irrupción de *Tiempo de Silencio* fue como abrir una ventana al campo, desatascar los grifos o, para muchos, recibir una desacomtumbrada ración de proteína.

Martín-Santos cree en los procesos dialécticos para llegar a la verdad (Hegel y Marx están ahí, como no podría ser de cualquier otra forma). Además, él se pregunta por el mecanismo que modifica nuestro comportamiento; desde luego, una buena cuestión para un siquiátra.

Nuevamente —y gracias a esta novela— vuelve a recuperarse el gusto por la subjetividad, arruinada bajo la cámara de Robbé Grillet y los objetivistas, y vuelve el hombre, héroe o antihéroe, con su bagaje de sentimientos, a ser el eje o el núcleo de la novela, y a decir: “Estoy aquí y soy más importante que esa silla, ese sonido o la sombra de mi brazo; estoy aquí para contarte lo que me pasa, porque sigo viviendo y necesito decírtelo”.

Tampoco debemos olvidar, finalmente, que, cuando irrumpe *Tiempo de silencio*, los narradores españoles estaban escribiendo, si no lo habían hecho ya— obras muy apreciables. Recordaremos, sin irnos muy atrás, a los citados objetivistas, con Sánchez Ferlosio a la cabeza. En esa línea, a García Hortelano, Fernández Santos o Jorge Cela Trulock. Sigue dando el realismo social buenas novelas, como en el caso de Aldecoa, Juan Goytisolo, Carmen Martín Gaité, Ramón Nieto o Luis Romero; y hay una novela de clasificación más problemática y de un mayor lirismo (citemos el *Alfanhuí* de Ferlosio o los relatos conmovedores de Ana María Matute). Pronto llegaría la literatura sudamericana —con los hombres del celebrado boom— para calentar más el paisaje.

Nos queda en el tejado la posible influencia de *Tiempo de Silencio* en la narrativa posterior. Ésta, rápidamente, comenzaría a ensayar nuevos procedimientos. En cualquier caso, la novela del donostiarra forma, con *El Jarama* y *La familia de Pascual Duarte*, tres hitos insoslayables.

En el año 1962, José María Mendiola gana el prestigioso premio Nadal con la novela *Muerte por fusilamiento*. Dos años antes, a un cuento del mismo autor: “Diez mil cigüeñas”, se le concedió el primer premio de relatos Ciudad de San Sebastián. Debo decir, y no creo engañarme, que este joven concurso cobra, a partir de entonces, una importancia notoria entre los certámenes que se convocan en el país. “Diez mil cigüeñas” es un cuento emblemático, de una insólita perfección; tanto es así que todavía hoy lo recordamos admirativamente. “Diez mil cigüeñas” basa su anécdota en

un hecho real: la concentración de cientos de estas aves –acaso fueran diez mil– con el objeto de emigrar juntas hacia un destino lejano. El protagonista, entusiasmado con la idea de poder verlas pasar, se perderá el evento –irrepetible– al quedarse tontamente dormido. “Diez mil cigüeñas” es la parábola del perdedor (como se dice ahora). El héroe fracasa por su displicencia, por su debilidad; su ilusión quedará truncada para siempre.

Mendiola se mueve cómodamente en este ámbito de los seres menores, de las pequeñas frustraciones, de los cotidianos desengaños. El protagonista de su cuento nos da más rabia que pena, apetece hacerle serios reproches. Está claro que, a Mendiola, el mundo le causa desasosiego; hay algo que no encaja, alguien –y no sabemos quién– está burlándose de nosotros.

*Las dimensiones del cuerpo humano* es una novela corta que le lleva a ganar el premio “Ciudad de Irún”. Aquí, la historia está impregnada por el absurdo o, sin llegar a tanto, por la estupidez y el sinsentido. Mendiola conoce bien –posiblemente por su experiencia en la gestión de empresa– el área de las tareas administrativas u oficiales, los despachos, las oficinas, los pasillos y mostradores, las ventanillas; y el volátil mundo del informe, la instancia, el certificado, los impresos, las pólizas. Como ven, un laberinto donde el ciudadano se convierte en folio, ficha o dato de casillero. Súniga, que protagoniza esta novela corta, busca tan solo una sepultura, un hueco decente donde dar descanso a los pobres huesos. La burocracia, con todo su aparato de complicados resortes, hará imposible una cosa tan elemental, y Súniga, ante la

desconfianza de los Organismos y las corporaciones, bajo la mirada reticente de los funcionarios de diversa condición y variopinta calaña, irá entrando en un pequeño infierno donde la razón, el sentido común y la buena voluntad son sistemáticamente vulnerados.

Mendiola no es partidario de lo complejo, de lo excesivamente elaborado, de la técnica por encima de todo. Poseedor de un estilo fácil, simpático, fluyente, le basta su olfato de escritor para atrapar una idea; y su buen pulso, para llevarla, gracias a una sintaxis nítida, a buen puerto. Mendiola es un escritor inteligente, capaz de adobar sus relatos con la sal y la pimienta de una ironía y una mordacidad distribuida en sus justas proporciones.

En la década de los ochenta, el escritor donostiarra publicará varios ensayos sobre temas religiosos –como *La vida es fácil* o *En busca de la experiencia de Dios*–, testimonios de su profunda preocupación ante la existencia. En fecha ya reciente, y tras este paréntesis en su literatura de creación, publicará varios relatos, de temática infantil y juvenil, en editoriales especializadas.

José María Mendiola posee todos los elementos técnicos necesarios –amén de buena información– para darnos una novela original e importante. La trayectoria mercantil del país vasco en la década de los sesenta –de la que él formó parte como destacado directivo– no sería un mal tema. De momento, nos conformamos con unos libros breves, despojados de cualquier ampulosidad, tiernos, precisos, donde se hacen patentes su lucidez y su desenvoltura.

Pablo Antoñana transita por un mundo hecho a su medida, o a la medida de una subjetividad que aflora de continuo y trasciende la anécdota del relato. Ese mundo está hecho con retazos de historia y peripecias vividas por seres que ya no están, pero que vuelven y se revelan –poderosos– en los recovecos de la página. Es un territorio de muertos –o malmuertos– que acuden a la memoria de los vivos; éstos tocados ya por esa inadvertible podredumbre de los que piden regresar y se alimentan parasitándonos. El escritor nos cuenta hazañas lacerantes, relatos cruentos protagonizados por seres que no alcanzan nunca la estatura del mito, ni la rigidez del arquetipo, pero que perduran en la mente del lector con una luz quemante y algo malsana. Casi siempre trátase de personajes que el destino zarandeá; muchos de ellos, torvos comparsas de una representación en la que les ha correspondido un papel callado o vociferante, activo o soterrado, grandioso o mínimo. Ellos tienen, muchas veces, conciencia de ese *fatum*, de esa etopeya, y gritan para decir que no, gesticulan, se refugian en aventuras disparatadas. La mayoría, pese a su acatamiento o a su rebeldía, tienen conciencia de ser marionetas, de moverse al compás de quien soporta los hilos. Son, en palabras de Tomás Yerro –que los conoce bien– “seres primitivos y puros guiados por su propio y único destino”.

Antoñana, apasionado de los viejos documentos, de los legajos y los infolios perdidos en el sueño de las gavetas que ya nadie consulta, halla en ellos un auténtico hontanar de fábulas en las que lo doméstico, lo privado y poco trascendente se abraza con la cosa comunitaria y pública, con los

trazos gruesos que nutrirán su historia. Ha sido, pues, testigo indirecto de innumerables episodios, lector de intensos fragmentos, cada uno de los cuales abre la puerta a una novela. Quizás por eso mismo, entre otros considerandos –como pueden ser sus propensiones y preferencias estéticas–, Antoñana propende a una construcción acumulativa, hecha de esos mismos fragmentos, y en la cual, para aumentar aún la complejidad e inestabilidad del discurso, solapan los planos y las voces de quienes intervienen en la ficción.

Antoñana, padre de la imaginaria República de loar, es un buen conocedor del siglo XIX y de una Navarra que durante este período se entrega, de una manera enajenada y feroz, a su tenaz y casi jubiloso aniquilamiento. Los relatos de Antoñana, sin ser costumbristas, fijan un mosaico extenso –aunque formado por pequeñas unidades– de lo que fueron las guerras carlistas y sus servidores: soldadesca, clérigos, santeros, iluminados, militares de fortuna y tahúres de toda laya. Parecida chusma, como en una nueva nave de los locos, va confundiendo, y amalgamando, y malversando sus vidas. Esta iconografía, que pudiera haberse disfrazado con los ropajes de un romanticismo de corte valleinclanesco, resulta, en ocasiones, tan patética, que se aleja de Valle. Aquí hay muy poca galanura, donaire corto y muy escasa gratificación. La sordidez y la brutalidad –casi rozando lo teratológico– va tragándose un mundo que alguna vez pudo ser grácil, bello y condescendiente, albergue de unos seres que creyeron en la dicha. Lo caedizo, lo enfermo, lo fungible; todo lo que avisa de su próxima desaparición tiene

en la prosa de Antoñana un encaje perfecto; son las cosas: luces, muebles, visiones, que acompañan a los que ya están muertos y no lo saben aún, o a quien, como el aya y casi madre devota de Gerardo María de Mayela (el bienquerido niño monstruoso) desea morir para reunirse con su amado infante: *“Quiero que me lleven –dice ella en su agonía– allá donde tú estés”*.

Pablo utiliza la elipsis, el contrapunto, el flujo de conciencia que avanza o retrocede,

la estructura cerrándose. Añade un sabio, inteligentísimo caos –ma non troppo–, a situaciones y criaturas que tienen en sí mismas el germen de la desproporción, de lo irrazonable.

Leer a Pablo Antoñana es como echarse al colete un trago fuerte, casi un tósigo. Y como ocurre con los mejores venenos, nos sabrá dulce mientras nos rompe poquito a poco.



# RECONOCIMIENTO A LOS RESISTENTES Y A SUS FAMILIAS

GLORIA VÁZQUEZ

Este artículo forma parte del libro “Memorias del terrorismo en España”, coordinado por Raúl López Romo y publicado en 2018 por Los Libros de la Catarata con apoyo del Centro Memorial de las Víctimas del Terrorismo.

Me ha costado decidir sobre qué hablar para este gran proyecto. Por suerte no he sufrido atentados personalmente, pero hay mucho que contar. Podría contar mis recuerdos de adolescencia en Rentería en los años de la transición, en que mi pueblo era “la ciudad sin ley” o la primera concentración de Gesto por la Paz que organicé en Sopelana contando sólo con mi pareja, dos vecinos y una sábana con letras hechas de cinta aislante. Luego vinieron los secuestros, el lazo azul y las contras, los huevazos, los insultos. También está aquella ocasión en que ejercimos nuestro derecho a entrar libremente en la Parte Vieja de Donostia (territorio comanche) y que acabó con la dimisión de Ibaceta, el asesor de Bildu en el Ayuntamiento de Donostia, que gritó ¡gora ETA militarra! y nos dijo reiteradamente aquello de “*voy a sacar la pipa y os voy a dar dos tiros*” mientras señalaba vuestras frentes con su dedo a modo de pistola.

Y ¡qué decir de los procesos electorales! Aquéllos en que los de Batasuna estaban ilegalizados y querían estar en las mesas y participar en los recuentos, pero algunos estábamos allí para hacer respetar la legalidad, lo que implicaba broncas, gritos e in-

cluso forcejeos. Sin olvidar cuando iban con sus ENAs a votar. Los presidentes y vocales no se atrevían a decir nada, pero se alegraban cuando los interventores del PSE-EE les plantábamos cara. Estábamos solos los militantes amenazados. Éramos los únicos dispuestos a defender la legalidad y en esa soledad nos encontrábamos los del PSE y los del PP. Los interventores del PP, que venían a veces de otros lugares de España, se extrañaban al ver la buena relación que teníamos en el País Vasco; algo lógico ya que nos enfrentábamos a los mismos peligros y éramos víctimas de la misma amenaza. Y lo de los plenos... daría para otro texto

De todos estos momentos he elegido centrarme en lo que supuso para mi familia y especialmente para mis hijos el vivir escoltados, porque es un tema del que se ha hablado poco, a pesar de ser muy importante. Quiero que este testimonio se entienda como un homenaje a todos los hombres y mujeres resistentes y a sus familias.

Mayo de 2007, elecciones municipales. Mi hija tiene tres meses de edad y me dicen que he sido elegida concejal en el Ayuntamiento de Zarautz. Su padre también tiene

escolta, pues él había sido concejal en la legislatura anterior y volvió a salir elegido (en aquellas elecciones el PSE-EE de Zarautz sacó cinco concejales). La idea era que renunciara él y siguiera yo, pero tardamos mucho en encontrar a alguien que quisiera sustituirle. Era muy difícil para el PSE-EE confeccionar listas y más aún ocupar los primeros puestos. Cuando más adelante por fin pudo renunciar, asesinaron a nuestro compañero Isaías Carrasco, exconcejal en Mondragón y el partido volvió a poner escoltas a los exconcejales, así que durante mucho tiempo tuvimos cuatro escoltas.

Ese verano de 2007, con un hijo de ocho años y una hija de meses salimos de Euskadi más que nunca porque era insoportable andar con los niños por el pueblo o ir a la playa con cuatro personas siguiéndonos los pasos. Yo ya sabía lo que suponía vivir escoltada y también lo sabía mi hijo el mayor, que había pasado por la primera fase de considerarlos los amigos de Iker y el *"por qué no vienen con nosotros de vacaciones"*, a la de *"por qué no podemos ir solos en el coche como todo el mundo"*; la última fase fue la de *"no quiero que vengan detrás"*.

Mi hija, por suerte, se quedó en la fase de *"nuestros amigos, esos que llevan un osito en el coche"*, con el que jugaba cuando se montaba. Eran buena gente mis escoltas. Ella tenía cinco años cuando nos retiraron la protección y mi hijo el mayor 13. Ella estaba en la fase de llamarlos amigos y él en la de sentirse muy incómodo, así que tenía que pedirles que se distanciaran cuando me acompañaba.

Mis hijos entonces no sabían que eran nuestros protectores, esas personas que nos cuidaban para que los de ETA no nos pusie-

ran una bomba en el coche o nos dispararan un tiro. Cuando nos montábamos en el coche tenía que distraerlos para que no vieran cómo revisaban los bajos del coche. No les expliqué nunca la realidad, hasta que ETA se rindió. Por suerte no sufrí ningún atentado ni amenaza directa. Otras familias sufrieron ataques en sus domicilios. No quiero ni pensar lo que supone eso para unos niños. Bastante tenían con ver mermada su intimidad, siempre con esos extraños amigos rondando, esperando en el portal y acompañándonos hasta la puerta de casa. Mi hijo se enfadaba muchas veces cuando ya tenía más edad por tener que ir con ellos, pero explicarle los verdaderos motivos hubiera sido peor aún. Le decía que era por ser concejal. Menos mal que él no sabía que no todos los concejales tenían que llevar escoltas. Nunca olvidaré la impresión que me causó ver una vez a Joseba Egibar andando tranquilamente por Donostia, mientras que yo, una simple concejala de un pueblo, tenía que vivir escoltada.

Algunos amigos me reprocharon que hubiera asumido un cargo público que implicara escolta teniendo hijos. Como si yo estuviera poniendo en riesgo a mis hijos. Es una de las perversidades del terrorismo y de sus seguidores, que pretendían traspasar la responsabilidad de lo que pudiera ocurrir a los propios amenazados. Y lo conseguían, como quedó patente en aquella reunión que convocaron algunos vecinos para pedir que los escoltas no estuvieran esperando en el portal a que bajáramos de casa. Les molestaba mucho verlos siempre vigilando y también que se hubieran quitado las papeleras de la entrada del portal por motivos de seguridad. Debo dar las gracias a la mayoría del vecindario, porque nos apoyaron y callaron a los que protestaban.

Luego estaba aquella amiga que no quería que su hijo jugara en mi casa; mejor que fueran a la suya. Ya sabemos que ETA solía emitir comunicados diciendo a la población que se alejara de posibles objetivos y los cargos públicos socialistas éramos objetivos prioritarios en ciertos momentos... *"Tú has elegido ser concejal, es tu decisión, pero yo no quiero poner en peligro a mi hijo"*. *"¿Qué tenemos que hacer? ¿Irnos a vivir al monte para que no os salpique la sangre? ¿Tú crees que yo quiero poner en peligro a mis hijos? ¿Por qué no les dices eso a los que nos amenazan? Nosotros estamos salvando la democracia"*. Curiosamente, los miedos para que otros niños vinieran a mi casa fueron mayores cuando la escoltada era yo, la madre, que cuando lo era mi compañero entonces.

Mis hijos conocen hoy los motivos por los que tuvimos que vivir escoltados y se sienten

orgullosos de que su madre no cediera ante el miedo. Se extrañan de que sus amigos no sepan nada sobre ETA y a mi hija le gustaría poder hablar en clase de ello.

A las personas que no entendieron por qué asumí aquel riesgo teniendo hijos debo decirles que ser mujer y madre nunca me ha coartado, al contrario, ellos son un estímulo en mi compromiso político. Y a los que decían que perdía libertad les digo que fui entonces infinitamente más libre que todos los que se quedaron callados por miedo a las represalias. Lo que limitaban los terroristas con su amenaza era mi intimidad y mi facilidad de movimientos, no mi libertad. Siempre he considerado la libertad como uno de los grandes principios irrenunciables y me siento muy orgullosa de haberla defendido frente a los totalitarios, por mí y por mis hijos.





ESTE  
EKIALDEA



# ONCE POEMAS DE AMOR A SAN SEBASTIÁN

PABLO MARTÍN-LABORDA  
TRADUCIDO POR FELIPE JUARISTI

## HAMAIKA MAITASUN POEMA DONOSTIARI

*Gabriel Celaya eta Alfonso Duñabeitiari*

### SIRIMIRI NOCTURNO EN SAN SEBASTIÁN

La noche se queda sola en La Concha  
escondida bajo mi paraguas de melancolía  
las estrellas bajan la escalera  
a beber agua de la bahía.

### GAU SIRIMIRIA DONOSTIAN

Gaua bakarrik geratzen da Kontxan  
nire malenkoniazko aterkinpean gordea  
izarrak eskaileretan behera doaz  
badiako ura edatera.

2011

### SIRIMIRI DIURNO EN SAN SEBASTIÁN

Un sirimiri pequeño  
de dos nubes forasteras  
se pasea por las aceras de plata  
de Ondarreta.

Con su mirada  
azul y blanca  
limpia el aire  
del mediodía.

### GOIZ SIRIMIRIA DONOSTIAN

Bi hodei arrotzek sortutako  
sirimiri txikia  
Ondarretan zehar dabil  
hango zilarrezko espaloiak zapalduz.

Haren begirada  
urdin txuriak  
garbitzen du  
eguerdiko airea.

2010

## BIDEA

Giré la llave  
salieron del papel  
con un gemido de leopardo herido  
once poemas encerrados en el silencio.

Sin hacer ruido  
saltaron al vacío  
cogieron el viento del Norte.

¿A dónde vais?

A sentir el mar,  
escuchar sonidos, palabras y galopes,  
ver trenes a vapor, la luz,  
el hombre del siglo XXI.

Por los acantilados de Igueldo pueblo,  
bidea que nace de un sueño de Zeus,  
los poemas se adentraron en el océano  
con fe ancha de marinero.

Sentían  
mirando a Guetaria  
los latidos del corazón vasco.

Las fragancias de Guipúzcoa  
venían de  
aldeas de hortensias  
puertos y aserraderos

la alegría de las moras  
cementeras y metalúrgicas  
risas de merenderos  
pelotazos de frontones  
delicias de fogones  
poblaciones de helechos  
tus ojos negros.

Al borde de la noche,  
en la curva de recuerdos de la bahía  
inclinado en la barandilla blanca  
de bronce del paseo,  
madejas de trama la enlazan para toda la vida,  
contemplaba  
la firmeza de la memoria  
forjada en el horno de Vulcano,

cuando apareció deslumbrante,  
Minerva,  
con cuatro rayos malva.

Ven  
volemos  
de Irún a Bidegoyan.

Abandoné mis pensamientos  
el funi me subió a su nube  
para estrechar a Guipúzcoa  
entre mis venas.

## BIDEA

Giltzari eman nion  
paperatik atera ziren  
leopardo zaurituaren orru eginez  
isilean bildutako hamaika poema.

Zaratarik gabe  
hutsera egin zuten  
lpar haizea hartu zuten.

Nora zoazte?

Itsasoa aditzera  
soinu, hitz eta arrapaladak entzutera,  
bafoezko trenak eta argia ikustera,  
XXI. mendeko gizona.

Igeldo herriko labarretik zehar  
Zeusen amets batetik jaiotako bidean  
poemak itsasoa sartu ziren  
marinelaren fede zabalaz.

Getariara begira  
sentitzen zituzten  
Euskal bihotzaren taupadak.

Gipuzkoako usain gozoak  
zetozen  
hortentsia-herrietatik  
portu eta zerraletatik,

masusten pozetik  
sagardotegietako algaretatik  
frontoietako pilokadetatik  
sukalde gozoetatik  
iratze herrixketatik  
zure begi beltzetatik.

Iluntzean,  
badiako oroitzapenen errebueltan  
paseabideko brontzezko  
barandilla zurian makurturik,  
bizitza osorako lotzen dute  
harizko matazek,  
begira ari nintzaion  
Vulkanoren sutegian forjatutako  
oroimenaren zuhurtziari.

Orduan azaldu zen  
argi eta ilargi  
Minerva lau izpi malba zituelarik.

Zatoz,  
Goazen hegan  
Irunetik Bidegoienara.

Nire pentsamenduak utzi nituen bazterrean  
funikularrak bere hodeira igo ninduen  
Gipuzkoa hartzeko  
nire zainen artean.

## AL LLEGAR A GUETARIA YA VEO SAN SEBASTIÁN

Pintaré mi corazón gigante  
en los espolones de los gallos  
y en la mar gruesa  
para que una marea  
recoja mi séptimo naufragio  
y me lleve en sus venas azules  
a tu sangre que en el puerto espera.

## SIEMPRE EN MI CORAZÓN

La noche por Igueldo llega sigilosa  
se recoge en la bahía de La Concha,  
con su piel de almendra tierna  
caderas de olas de seda  
pechos fuertes de cantera  
cara grande de hortensia  
ojos rasgados de perla,  
que sus amantes disputan  
en combates bravíos de traineras.

## SIEMPRE EN MIS VENAS

En tus ojos azabaches  
rompen  
las olas de leche del Cantábrico,  
en tu risa enamorada  
corre la luz de la vida,  
te llamas Donostia  
amada mía.

## GETARIARA IRISTEAN DONOSTIA IKUSTEN DUT

Nire bihotz erraldoia pintatuko dut  
oilarren ezproietan  
eta itsaso lodian  
marea batek jaso dezan  
nire zazpigarren hondamendia  
eta eraman nazan bere zain urdinetan  
kaian zain dagoen  
zure odol artera.

2011

## BETI BIHOTZEAN

Gaua zelatan dator Igeldo aldetik  
Kontxako badian biltzen da  
bere almendra bigunezko larrua  
zetazko uhinen aldakak  
harrobi bular sendoak  
hortentsia aurpegi handia  
perlazko begi makurrak erakutsiz.  
Maitaleen arteko lehiagai,  
traineruen arteko borroka latzetan.

2010

## BETI ZAINETAN

Zure begi azabatxe koloreetan  
hausten dira  
Kantauriko esnezko uhinak,  
zure maitemindu barrean  
bizitzaren argia dabil,  
Donostia duzu izena,  
nire maitea.

2010

**MADRUGADA DE SEPTIEMBRE  
EN EL CAFÉ LA PERLA**

En La Concha,  
dormida en su cama celeste,  
caían gotas de ambrosía  
que los dioses bebían.

La resaca se las lleva  
para entregarlas  
a los enamorados  
de la noche viuda.

Una ola llamó al poeta,  
quiero besarte  
antes de morir  
en este paraíso.

El beso duró siete décadas,  
de su boca nació una marea,  
se alejó mar adentro  
acariciando un atunero,

sin maleta, llanto ni pañuelo,  
con un viento ligero errante  
que daba de costado  
al salir de la bahía.

**IRAILEKO GOIZALBA  
LA PERLA KAFETEGIAN**

Badian  
bere ohe urdinikaran lo  
ambrosia tantak erortzen ziren  
Jainkoek edateko.

Erresakak daramatza  
maiteminduen  
opari  
gau alargunen.

Uhin batek deitu zion poetari,  
musukatu nahi zaitut  
hil aurretik.  
paradisu honetan

Musuak zazpi hamarkada iraun zituen,  
haren ahotik marea sortu  
eta itsasoan barrena abiatu zen,  
atunontzia ferekatuz.

Maletarik, negarrik zapirik gabe,  
haize arin errati bat lagun,  
badiatik irteeran  
albotik jotzen zuen.

2010

### FRENTE AL MONTE IGUELDO

El silencio de Beethoven  
recorre la bahía,  
son las 5 y es verano,  
estoy solo en la orilla.

Una ola del Atlántico  
está muriendo en mi mano,  
el sol está a punto de nacer,  
hay resaca en mi Stradivarius.

Enfrente, erguido,  
con sus sinceros ojos verdes  
incrustados en Donostia  
Igueldo me tiende la mano.

### IGELDO MENDIAREN AURREAN

Beethovenenen isiltasuna  
badian zehar dabil,  
bostak dira eta uda da,  
bakarrik nago itsas ertzean.

Atlantikoko uhin bat  
eskuan ari zait hiltzen,  
eguzkia jaiotzeko zorian da,  
nire stradivariusek ondo dauka.

Aurrean, zutik,  
begi berde zintzoekin,  
Donostian barneratuak,  
Igeldok eskua luzatzen dit.

2011

### CORRIENDO POR LA ALAMEDA

Ay, que despacio va el mar  
va más lento que el río,  
echaré a volar  
para besarte  
en el puente María Cristina,  
antes que caiga la noche  
y no te pueda encontrar.

### BOULEVARDETIK ZEHAR KORRIKA

Ai, zein motel doan itsasoa,  
Ibaia baino motelago,  
hegan hasiko naiz,  
zu musukatzeko  
Kursaaleko zubian,  
iluntzea baino lehenago;  
bestela, ez zaitut aurkituko.

2011

## POR LAS CALLES DE CALBETÓN A EMBELTRAN

Un día de estos  
iré de vinos  
con mi amigo Samuel Coleridge  
por el Viejo de San Sebastián.

Llevaré de sorpresa  
a un Anciano Marinero  
que sigue llevando

colgado al cuello  
la leyenda de un albatros  
ballesteado en el pecho  
por el miedo de un grumete  
en la cubierta ancha de ultramar.

## KALBETONETIK EMBELTRAN BIDEAN

Egunen batean  
txikiteoa joko dut  
nire adiskide Samuel Coleridgerekin  
Donostiako Alderdi Zaharretik zehar.

Ustekabean eramango dut  
Marinel Zahar bat.  
lepotik zintzilik.

Badarama  
albatros baten elezaharra.  
Bularrean jo zuen bailestaz  
Txo baten beldurak  
Itsas haratagoko bizkar zabalean.

2011

## TE LO PROMETO

Cuando estalle la paz  
en Euskadi  
rotunda como el nardo  
pídeme lo que quieras

te lo daré llorando

Vde alegría y desesperado  
por no poder habértelo dado  
hace cien años.

Pídeme lo que quieras  
vendré volando  
en un relámpago  
a darte lo que me pidas,

aunque tarde  
un milenio  
en encontrarlo.

## ZIN DAGIZUT

Bakeak leher egiten duenean  
Euskadin,  
lilia bezain leun  
eska iezadazu nahi duzuna

negarrez emango dizut

pozez eta etsipenez  
ez dizudalako eman  
orain ehun urte.

Eska iezadazu  
nahi duzuna,  
tximista baten gainean  
etorriko naiz eskatutakoa ekartzera

mila urte  
behar baditut ere  
bera aurkitzen.

2011





**SUR  
HEGOA**



# SOBRE EXILIOS

MARÍA PILAR RODRÍGUEZ

NAHARRO-CALDERÓN, José María.

*Entre alambradas y exilios. Sangrías de las Españas y terapias de Vichy.*  
Madrid, Biblioteca Nueva, 475 páginas. 2017

*Entre alambradas y exilios. Sangrías de las Españas y terapias de Vichy* es un libro que cuenta ya con un amplio recorrido académico e intelectual, pero que interesa reseñar aquí por la complejidad y ambición del mismo en su modo de tratar el tema de los exilios republicanos. El libro ha dado lugar a abundantes reseñas que de modo elogioso han constatado sus muchos méritos<sup>1</sup>; Sebastiaan Faber, por ejemplo, lo define como un libro “*difícil, disidente y desbordante*”. Yo comparto esta descripción, y añado que representa un resultado de investigación que muy raramente puede llevarse a cabo hoy en día. Las presiones académicas, administrativas y propias de la mercadotecnia de la investigación hacen que un libro como este sea casi imposible de llevar a la práctica. En primer lugar, porque claramente se aprecia el resultado de muchos años de lecturas, de reflexiones, de investigación en archivos y en imágenes fotográficas como las del éxodo catalán de los primeros meses de 1939.

El libro es el resultado de una reflexión pausada y abarcadora, porque es precisamente el poder dedicar el tiempo que el tema

exige al tratamiento del exilio republicano lo que permite al autor ampliar los tiempos y los plazos, de forma que a la vez que se reconstruyen los campos de concentración franceses de la mano de la experiencia de Max Aub y de otros protagonistas, se exploran cuestiones tan actuales como el desarrollo de la novela y la crítica sobre la guerra y el exilio de las últimas dos décadas. No teme el autor entrar de lleno en los enconados debates en torno a la memoria histórica, incluidas las polémicas sobre las fosas, el Valle de los Caídos y el callejero de Madrid. Incluyo aquí ahora otra de las reflexiones de Sebastiaan Faber, quien acierta al definir la extraordinaria riqueza del libro por provenir de una perspectiva desplazada. Por un lado, la intensidad y la afectividad de su interés por España y su cultura son las de una persona que se siente y sabe español. Por otro lado, la amplitud y la frescura de su visión crítica reflejan una distancia física, cultural, marcada por una “*escritura crítico-ética de lucidez desterrada*”. Se inscribe Naharro Calderón en la tradición del hispanismo representada por estudiosos de la talla de Américo Castro, Gonzalo Sobejano o Germán Gullón, cuyo nivel de conocimiento, erudición y compro-

miso intelectual ha ido siempre más allá de modas e intereses y sobrepasa cualquier atisbo acomodaticio o mercantilista de algunas prácticas de los sistemas universitarios actuales.

La dificultad que entraña la lectura del libro viene provocada porque el autor no hace concesiones ni a nivel de contenido, ni a nivel formal ni, tal vez esto último sea lo más significativo, a nivel ético. El libro se opone a aquellos intentos de simplificar o banalizar la complejidad de los hechos, sentimientos y pensamientos de los exilios, y afirma que no podemos “proyectar sobre ella nuestros supuestos valores de corrección política, tolerancia, pactismo y aceptación de las diferencias” (305). Se postula en contra de lo que denomina *exilio business*: gestos especulares, superficiales, interesados y que no llegan a apreciar el dolor y la herida profunda que el exilio causó en muchos casos a quienes lo padecieron y por ello resultan inocuos. Este libro exige un público lector culto o dispuesto a aprender en este viaje tan amplio. Naharro-Calderón elabora conceptos con más de un sentido, como lo hace con la frase *los monos de la desfachatez*, un concepto central en varios capítulos del libro. “El término mono” lo invoca en los sentidos de deseo (por otro mundo posible), de vestimenta (azul, popular o republicana por excelencia), de síndrome de abstinencia (resaca de la Transición) y de borrachera (excesos de la memoria). La desfachatez es la de los intelectuales y políticos que pretenden apropiarse descaradamente del pasado para construir relatos equidistantes o superficial y nostálgicamente “republicanos”. Lo utiliza como metáfora de la longevidad de discursos republicanos de exilios y de la bue-

na salud de opciones discursivas demagógicas que también contaminaron el idealismo de aquellos que se opusieron al fascismo en 1936. La frase también hace referencia a los problemas acarreados por ciertos olvidos de la Transición, como el de las fosas comunes del franquismo, por ejemplo.

El autor despliega una crítica hacia ciertos discursos políticos, novelísticos o periodísticos caracterizados por recetas fáciles y se distancia de la postura de supuesta ecuanimidad y equidistancia históricamente reductora y revisionista de autores como Javier Cercas, Andrés Trapiello, o Arturo Pérez-Reverte, pero tampoco se siente identificado con los Juan Carlos Monedero y Vicenç Navarro, que se empeñan en criticar la Transición y apropiarse del legado republicano y del exilio. El libro combate clichés, estereotipos y lugares comunes, y como han dicho del libro algunos de los autores de las reseñas, si uno entra al libro con determinadas ideas y convicciones, o determinados compromisos, con respecto a la Guerra Civil, el exilio, el franquismo, la Transición o la memoria histórica, es muy difícil que esas ideas, convicciones y compromisos permanezcan inamovibles tras la lectura de este texto. No es menos crítico con la intención de algunos historiadores franceses, que tratan de sanear las condiciones de los campos franceses respecto del universo nazi, pero tampoco deja de censurar a los gobiernos centrales y autonómicos que se han apropiado cuando les ha resultado conveniente de la memoria de los exiliados. Con respecto a los intentos de los gobiernos catalanes de construir una memoria histórica específica del Estado-nación catalán, advierte que, si bien es cierto que, por razones geográficas, hubo un porcenta-

je muy alto de catalanes en los campos de concentración en Francia (y luego en los de exterminio nazi) en casi todos ellos, como por ejemplo en Agustí Centelles, pionero del fotoperiodismo y activo en la Resistencia, existió una identidad catalana cultural centrada en la lengua y en otras manifestaciones, pero la identidad nacional de los refugiados y de la nación perdida se identificó mayoritariamente con la república española.

El libro de Naharro-Calderón, por último, nos traslada al presente y apunta a los riesgos de que, en Europa, lejos de aprender de las tragedias del pasado, permanezca-

mos impávidos, resignados o complacientes ante las situaciones actuales. Como apunta el autor, los campos de concentración han vuelto, en la isla griega de Lesbos o la italiana de Lampedusa, y las alambradas están muy presentes. En este momento en el que se agudiza el rechazo a los inmigrantes por parte de gobiernos populistas en varios países europeos, y en el que, por el contrario, se advierten algunos esfuerzos por parte de otros para combatir prácticas xenófobas y racistas, importa volver la vista atrás y reflexionar sobre esas vidas marcadas por el dolor, la separación, en ciertos casos la muerte y en otros el olvido.

## NOTAS

<sup>1</sup> Entre otras, Faber, Sebastiaan (2017). "Sin verdades que consuelen: Naharro-Calderón y los legados incómodos del exilio republicano español", *Fronterad*; Roniger, Luis (2018). "José María Naharro Calderón: *Entre alambradas y exilios. Sangrías de las Españas y terapias de Vichy*", *Pacarina del Sur*, 35; Sánchez Zapatero, Javier (2017). "Más allá de la memoria", *Anuario de Literatura Comparada* 7: 363-366.

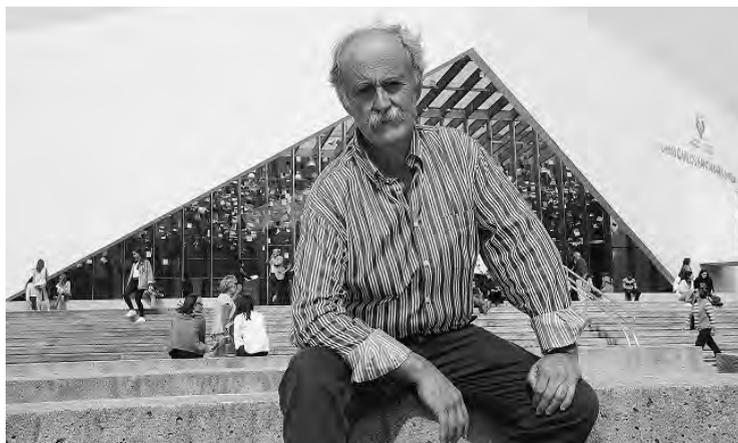


# JUAN KRUZ IGERABIDERI GALDERAK

FELIPE JUARISTI

1984.ean argitaratu zenuen *Notre-Dameko Oiartzunak* izeneko poema-liburua. Aurten, 2018.ean, Literatura Sari nazionala jaso duzu Haur eta Gazte Literatura Sailean? Zer pasatu da urte horietan guztietan?

Bizitzaren aldi luze bat igaro da: sufrimendu, poz, ahalegin, lorpen, porrot..., hori guztia literaturaz destilatu nahian. Bestalde, atzera begiratuta, ikasketa-prozesu luze bat ikusten dut, oso poliedrikoa: idazle lagunekin aurkituz eta landuz joan naizen munduko literatura, batik bat poesia, familiako gertaerak, lanbidean egindako ahalegin luzea (betiere hizkuntzaren baliabideak aberasteko asmoz, pentsamendua, kultura, jakintza, literatura adierazteko). Bizitza eta artea loturik etorri dira, elkar argituz, eta hor, batez ere, pertsonen arteko harremanak izan dira oinarritzkoak; izan ere, lagunek, etsaiek, ingurukoek, ez hain ingurukoek eta haurrek erakutsi didatena ere hor dago irakurri eta idatzi ditudan liburuen odolean.



## Zer aldatu da euskal literaturan ordutik hona?

Beste planeta bat dirudi honek. Ni literatura eta diktaduraren kontrako borroka uztartzetik nentorren (hori argi ikusten da aipatu duzun lehen liburuan). Trantsizioa abiatu zenean, bakearen, ekologismoaren eta espiritualtasunaren bidea hartu nuen, eta bizi izan dugun bortxakeria-giroan ez da samurra izan tente irautea, are zailago idazle gisa. Gaur horretako literatura zauriz betea dago. Gaur zauriak ixteko aroan sartuta gaude, arnasa zabalagoko literatura egiteko aukera aurrean dugu, baina mundu globalizatu honetan txepelkeria ere globalizatzen ari ote den nago, eta literatura "serioa, landua" egin nahi duenari gero eta leku estuagoa geratzen ote zaion. Dena dela, gizakiongan badago errotik astintzen gaituen zerbait: heriotza; zer arraio egiten dut hemen, laster amaituko den mundualditxo honetan. Horrek, nola edo hala, literatura eta pentsamendua suspertzen ditu, eta, modu batera ez bada, bestera, artista-idazle-poeta gazteek erraietara jo beharko dute.

## Batzuek uste dute euskal literaturak jo duela goia, Urrezko Aroa igaro dela, eta hemendik aurrera gain-behera joango dela. Zuk zer uste duzu?

Auskalo. Egia da gaur egun literatura sakona gutxiago irakurtzen dela, balio komertzialak gain hartu diola balio literarioari, idazle gazte gutxi abiatzen dutela bide luze eta landu baten egitasmoa beren bizitzan. Bestalde, bizi dugun desideologizazioak, sanao izanik ere, irakurleak urrituko ditu. Baina artearen indarra geldiezina da, Historiari begiratu besterik ez dago. Irtengo da indar hori handik edo hemendik. Euskaraz izango den? Zalantzak ditut. Gure hizkuntza oraindik ere arrisku bizian dago, eta gure herriko artistak, pentsalariak eta zientzialariak ingelesaren lilurapean euskararenean baino harrapatuago ote dabiltzan susmoa dut. Euskarak duen gihar artistiko izugarriaz ez dira erabat jabetzen, inondik ere, salbuespenak salbuespen (eta, eskerrak!).

## Poesia, aforismoa eta haur eta gazte literatura landu dituzu? Zer da aforismoa? Zein da idatzi duzun azken aforismoa?

Aforismoaz definizio ugari daude; beste bat hau izan daiteke: pentsamendu-kate luze baten amaiera dirudien horretan berriro lehen kate-begia jartzen duen hori da aforismoa.

Azken aforismoa, hauxe bera: "Artean, berritasuna, atzetik dakarren zahartasunik gabe, marketin-trikimailua besterik ez da".

**Unibertsitatean klaseak eman dituzu, euskara zerbitzuan aritu zara, Mikel Laboa Katedran ere bai... Erantzuten al dio euskal unibertsitateak gizarteari?**

Kostata, baina bai. Alor teknikoan eta zientifikoan, zalantzarik ez dut, nahiz eta unibertsitatea den makinaria erraldoi bat egokitzen izugarri kostatzen den. Alor humanistikoan ere lan isil asko egiten da, oinarria eraikitzen duten horietakoa. Gizartea, eguneroko beharrek itota edo obsesionatuta, ez da ohartzen zeinen beharrezkoa den kultura humanistiko sendo bat, ez bakarrik gizaki jakintsuagoak edo eruditoagoak egiteko, baizik, eta batez ere, gizarteari eta tek-

nikari zentzu eta bide sendoagoak eta onurgarriagoak eskaintzeko. Kultura sendo bat etika sano batekin lotzen denean, gizakiaren ahalmen eraikitzaile eta zentzatzailak ez du mugarik. Eta zientzia eta kultura euskaraz egitea ez da, nire ikuspegitik, betebeharru politiko edo sozial hutsa; zientzia eta kultura euskaraz egiten denean, balio erantsi bat hartzen dute; euskarak dituen zehaztapen- eta ñabardura-baliabideak oso bereziak dira, eta horiek zientziara edo jakintzara eramatean jakintza hori aberastu egiten da; pentsamendua fintzeaz gainera, euskaraz robotikari ere ekarpen bereziak egin diezazkiokegu. Hau txorakeria irudituko zaie batzuei; irakur dezatela pixka bat neurozientziaz (edo literatura klasikoa, Indiatik bertatik hasita; hizkuntza baten eta jakintza baten arteko harremana ikusteko).



**Haurrentzat idaztea erraza dirudi... Zein da zure esperientzia hurrekin? Haurrak heldu diren txikiak dira, ala txiki diren helduak?**

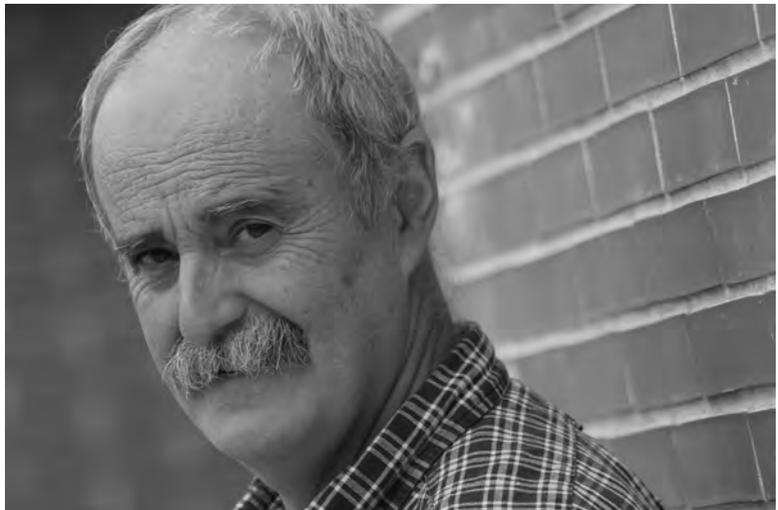
Saramagok esana da: haurrentzat idaztea omen zailena. Nik, ahalegin artistikoari dagokionez, ez dut bereizketarik egiten. Aldatzen dena da idazle orok buruan eraikitzen dugu irakurle birtuala (ahots narratibo edo poetikoa nori zuzentzen zaion).

Haurra txikia da gorputzez eta adimen logikoari dagokionez, baia handi-handia mundu emozionalari eta pentsamendu sinbolikoari dagokionez. Heldu eta handitu ahala, gorputza eta adimen logikoa

garatzen dira, eta mundu emozionala eta pentsamendu sinbolikoa mehatzen, baldin eta ez bada ahalegin artistiko handi bat egiten. Hori artista askok aitortu dute, Oteizak besteak beste. Umetako argitasun hura berreskuratu nahi, eta lanak.

**Azken datuen arabera gero eta gutxiago irakurtzen da euskaraz. Nola sustatu irakurzaletasuna?**

Hor tranpa handi bat dago. Irakurzaletasuna, besterik gabe, ez da ez irakurtzea baino onuragarriagoa. Hobe da gutxiago baina hobeto. Oraindik ez dut ezagutu haurrik edo gazterik, arazo psikologikoak ez baditu behintzat (eta kasu horietan ere badira ireki daitezkeen ateak), ondo aukeraturiko poema eder bat errezipitatzeko gero gustatzen ez zaionik; berdin ipuin batekin, edo nobela zati batekin (aski dira hamar minutuko saiotoxoak). Nire ustez, ahotik belarrirako bidea indartu behar da eskoletan eta etxeetan, eta hortik liburura jauzi txikia dago. Bestela, liburuak ezin du lehiatu berehalako erantzun bizkorra ematen duten material elektronikoenekin. Bestalde, maila literarioa jaitsi beharrean, igo egin behar da (horrek ez du esan nahi testu bihurri ia ulertezinak erabiltza, noski); errazkeriak bide laburra du, ez baitu barrua inarrostean.



Helduentzako nobelen artean *Hauts bihurtu zineten*. Izenburua Imanolek kantatzen zuen Mikel Arregiren poema batetik hain zuzen. Juan Kruzen bizitza puska bat al dago hor?

Pertsona batena baino gehiago, nik harremanak izan nituen jende askoren bizitza puskez osatua dago. Horko pertsonaiek 70-80 hamarkaden zubiko giroan izandako bizipenak biltzen dituzte, batzuk nik neuk zuzenean bizi izandakoak, baina gehienak nire lagunek, kideek, ezagunek, etsaiek...; beste modu batera esateko, zerbait kolektiboa da, korala, eta, aldi berean, garai hartako errealitatearen zatitxo bat, orain ahaztua, baina une hartan jende askori arrasto sakona utzi ziona.

**Idazlea bizi al daiteke isolaturik? Literaturaren eta gizartearen arteko harremanak nolakoa behar luke izan?**

Idazlea eta isiltasuna adiskide minak dira. Batez ere poeta eta isiltasuna. Isiltasun horretan sartzen dira gizartea eta historia, batzuetan trumilka, beste batzuetan mamu berpiztuen itxuran. Gero, idazleak etxeko atea irekitzen du, eta gizartera doa. Ez du eragin handirik, ez bada, idazleaz gainera, politikari edo kultura-eragile edo itxuratsaile ospetsua. Hala ere, idazleak, bere lana ondo egiten badu, uzten du arrastoren bat non edo han, eta badakizu: tximeletak hegoak astindu Tokion, eta txakolin-uholdea Bakion.



## COLABORADORES / PARTE HARTU DUTE

**Juan Luis Ibarra Robles.** Magistrado. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Doctor en Derecho y profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad del País Vasco. Fue Secretario General Técnico y Director General de Codificación y Cooperación Jurídica Internacional en el Ministerio de Justicia. Autor de numerosas colaboraciones en libros y artículos.

Magistratua. Euskal Herriko Justizia Auzitegi Nagusiko Presidentea. Zuzenbidean Doktorea eta Administrazio-Zuzenbide irakasle titularra Euskal Herriko Unibertsitatean. Liburu eta artikulu askoren egilea.

**Perfecto Andrés Ibáñez.** Magistrado emérito de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Ha sido vocal del Consejo General del Poder Judicial y director de la revista *Jueces para la Democracia*. Autor de cientos de artículos y ponencias; de los libros: *El Poder judicial*, con Claudio Movilla; *Derecho Penal, derechos y garantías*; *Prueba y convicción en del proceso penal*; y *Tercero en discordia*; y de prólogos y traducciones de obras de L. Ferrajoli, D. Solo, S. Senese, G. Scarpari y V. Accatatis y de ediciones de obras de C. Beccaria y P. Calamandrei.

Magistratu emeritua Epaitegi Goreneko Bigarren Salan. Epaitegi-Boterearen Kontseiluan bokala izan da, eta *Jueces para la Democracia* aldizkariaren zuzendaria.

**José María Ruiz Soroa.** Abogado. Doctor en Derecho y licenciado en Ciencias Políticas, ha sido profesor de Derecho Marítimo en la Universidad del País Vasco. Autor de los libros: *Tres ensayos literales: foralidad, lengua, autodeterminación*; *El esencialismo democrático*; y *Elogio del Liberalismo*.

Abokatua. Zuzenbidean doktore eta Politika Zientzietan lizentziatua. Itsas Zuzenbide irakaslea izan da Euskal Herriko Unibertsitatean.

**Manuel Atienza.** Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Director de la revista *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Entre una extensa obra de cientos de artículos y una veintena de libros, cabe destacar: *Las razones del Derecho*; *Tras la justicia*; *El sentido del Derecho*; *El derecho como argumentación*; y *Curso de argumentación jurídica*.

Zuzenbidearen Filosofian Katedraduna, Alacanteko Unibertsitatean. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* aldizkariaren zuzendaria.

**Paloma Biglino Campos.** Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, de cuya Facultad de Derecho ha sido decana y de directora del Instituto de Estudios Europeos. Ha sido Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, miembro del Consejo de Estado y de la Junta Electoral Central, de la European Commission for Democracy through y del Council For Democratic Elections de la Comisión de Venecia y OSCE-ODHIR. Ha escrito o coordinado quince libros, publicado más de ciento cincuenta artículos y dirigido diez tesis doctorales.

Konstituzio Zuzenbidean Katedraduna. Bertako Zuzenbide Fakultateko dekanoa izan da eta Europako Ikerketa Institutuaren zuzendaria. Politika eta Konstituzio Ikerketa Zentroaren Zuzendaria izan da, Estaduko Kontseiluko eta Hauteskunde Batzorde Goreneko kidea ere bai.

**M<sup>ra</sup> Lourdes Arastey.** Magistrada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Vicepresidenta del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación. Miembro fundador de la Red de Expertos de Derecho de la Unión Europea. Miembro del European Law Institute. Ha sido Profesora asociada de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Barcelona.

Epaitegi Goreneko Laugarren Salako Magistratua. Bitartekaritzarako Magistratuen Talde Europarreko Lehendakariordea. Europako Batasunako Zuzenbide-Adituen Sareko kidea. European Law Institute-ko kidea.

**Diego Iñiguez Hernández.** Magistrado. Doctor en Derecho con la tesis *Separación de poderes y gobierno del Poder judicial*. Autor del libro *El fracaso del autogobierno judicial* y de numerosos artículos y ponencias sobre política judicial. Ha sido profesor asociado de Derecho Constitucional en la Universidad de Alcalá. Administrador civil del Estado en excedencia. Colaborador habitual de la revista *Política Exterior*.

Magistratua. Zuzenbidean doktore. *Separación de poderes y gobierno del Poder judicial* tesiaren egilea. *Política Exterior* aldizkariaren kolaboratzailea.

**Edorta Cobrerros Mendazona.** Catedrático de Derecho Administrativo y Director del Departamento de Derecho Administrativo, Constitucional y Filosofía del Derecho en la Universidad del País Vasco. Autor, entre otros, de los libros: *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*; *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*; *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*; y *El régimen jurídico de la oficialidad del Euskara*.

Administrazio Zuzenbidean Katedraduna, Administrazio Zuzenbidea Konstituzio Zuzenbidea eta Zuzenbidearen Filosofia Saileko Zuzendaria Euskal Herriko Unibertsitatean.

**Begoña Basarrate.** Secretaria de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Euskal Herriko Justizia Epaitegi Goreneko Gibernu Idazkaria.

**Blanca Rosa Barbero Blanco.** Secretaria Coordinadora Provincial de Bizkaia. Bizkaiko Lurralde Koordinatzaileko Idazkaria.

**M<sup>a</sup> Aranzazu Menéndez Vázquez.** Secretaria Coordinadora Provincial de Gipuzkoa. Gipuzkoako Lurralde Koordinatzaileko Idazkaria.

**Raquel Pérez de Lazarraga Villanueva.** Secretaria Coordinadora Provincial de Álava. Arabako Lurralde Koordinatzaileko Idazkaria.

**José Luis Ramírez.** Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona. Miembro de la Fundación Penal y Penitenciaria Internacional y del Grupo de Estudios de Política Criminal. Profesor del master de Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona.

Bartzelonako Lurralde Auzitegiko Magistratua. Nazioarteko Zigor eta Espetxe Arloko Fundazioaren eta Politika Kriminalaren Ikerketa Taldearen kidea.

**M<sup>a</sup> del Mar Serna Calvo.** Magistrada. Cofundadora de la Asociación De Mujeres Juezas de España. Ha sido consejera de Trabajo y Directora de Relaciones Laborales de la Generalitat de Catalunya, inspectora de Trabajo y Seguridad Social y abogada laboralista. Es profesora asociada de Derecho Laboral en la Universitat Pompeu Fabra y ha sido consejera adjunta de Derecho Laboral y Relaciones Laborales en la oficina regional de la OIT para América Latina y el Caribe.

Magistratua. Espainiako Emakume Epaileen Elkartearen Sortzaileetakoa. Katalunyako Generalitatean Lan Sailburua eta Lan Harremanetarako Zuzendaria izan da, baita Lan eta Gizarte Segurantzako ikuskatzaile eta abokatu laboralista ere.

**Lucía Avilés Palacios.** Magistrada. Profesora colaboradora de la Universitat Oberta de Catalunya. Miembro honorífico del Instituto de Estudios de Género del Instituto Argentino de Justicia Constitucional. Cofundadora de la Asociación de Mujeres Juezas de España. Ponente en foros nacionales e internacionales sobre la igualdad de género.

Magistratua. Irakasle kolaboratzailea Kataluniako Universitat Obertan. Konstituzio Justiziarako Argentinako Institutuko Genero Ikerketako kide ohorezkoa. Espainiako Emakume Epaileen Elkartearen Sortzaileetakoa.

**Fernando Valdés Dal-Ré.** Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (UCM), en cuya Facultad de Ciencias Políticas y Sociología ocupó la Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Director General Servicio Jurídico del Estado (1986-1990). Desde junio de 2012, es Magistrado del Tribunal Constitucional, elegido por el Congreso de los Diputados. Doctor Honoris Causa por la Universidad de Valladolid.

Zuzenbidean Doktore Madrileko Unibertsitate Konplutensean. Bertako Zientzia Politikoak eta Soziologia Fakultatean Lan Zuzenbide eta Gizarte Segurantzako Katedraburu izan zen.

2012az geroztik Konstituzio Epaitegiko Magistratua da, Espainiako Parlamentuak hautatua. Valladolideko Unibertsitateak Doctor Honoris Causa izendatua.

**Jorge G. Aranguren.** Poeta y escritor. En 1976 ganó el prestigioso Premio Adonais con el libro *De fuegos, tigres y ríos*. Su obra ha sido publicada por la UPV/EHU, con el título de *Fuego lento- Gar mantsoa*.

Poeta eta idazlea. 1976an Adonais Sari ospetsua irabazi zuen *De fuegos, tigres y ríos* liburuarekin. UPV/EHUK lan gehiena argitaratu dio, *Fuego lento-Gar mantsoa* izenburuarekin.

**Gloria Vázquez.** Teniente de alcalde y portavoz del Partido Socialista de Euskadi en el ayuntamiento de Zarautz. Estudió biología y tiene un máster en gestión medioambiental.

Alkate ordea da eta PSE\_EEren bozeramailea Zarauzko Udaletxean. Biologia ikasi zuen eta masterra dauka ingurumen-kudeaketan.

**Pablo Martín-Laborda.** Periodista y poeta. Estos *Once poemas de amor a San Sebastián* son la muestra de su amor a la ciudad de Donostia.

Kazetari eta poeta. Grand Placen argitaratzen diren poema hauek, *Hamaika maitasun poema Donostiari*, hiriari dion maitasunaren seinale dira.

**María Pilar Rodríguez.** Licenciada en Filología Hispánica por la Universidad de Deusto (San Sebastián, España) y titulada en lengua inglesa por la Escuela Oficial de Idiomas. Es doctora en lenguas y literaturas romances por la Universidad de Harvard (Cambridge, EEUU). Hasta 2002 fue profesora en la Universidad de Columbia (Nueva York, EEUU), y actualmente es profesora en la Universidad de Deusto en San Sebastián.

Erromatar hizkuntza eta literaturak sailean doktorea da, Harvard Unibertsitatetik (Cambridge, EEBB). 2002. urtera arte irakaslea izan zen Columbia Unibertsitatean (New York, EEBB), eta, gaur egun, irakaslea da Deustu Unibertsitatean, Donostian.

**Juan Kruz Igerabide.** Poeta. Ha sido profesor de la UPV. Si es conocido como poeta, su reconocimiento ha sido gracias a la obra dedicada a la literatura infantil y juvenil. Este año (2018) ha sido galardonado con el Premio nacional de Literatura Infantil y Juvenil por su obra *Abecedario titiridiario*.

Poeta da, eta irakaslea izan da EHUan. Poeta moduan ezaguna bada ere, gazte-literaturaren arloan lortu ditu saririk garrantzitsuenak. Aurten (2018an) Espainiako Sari Nazionala eskuratu du, haur eta gazte mailan *Abecedario titiridiario* lanari esker.



