

NORMAS DE «ACCIÓN POSITIVA» E INTERPRETACIÓN: ¿UN NUEVO MODELO DE JUEZ? *

por Santiago Carretero **

RESUMEN

El presente trabajo se permite la reflexión sobre un problema que se viene viendo cada vez más importante en la moderna teoría del Derecho. La proliferación de las llamadas leyes de acción positiva, las leyes que corrigen problemas o discriminaciones sociales está siendo muy grande en un corto periodo de tiempo. Necesita el Sistema Jurídico de una nueva forma de interpretar y analizar estas normas, pero esa nueva forma sobre todo de analizar e interpretar la lleva a cabo el Juez. La doctrina se plantea la nueva incidencia de esas normas en el modelo de Juez actual y, en el fondo, de un nuevo modelo jurídico que, como el sistema económico, está siendo puesto en tela de juicio.

PALABRAS CLAVE

Interpretación, leyes de acción positiva, modelo de Juez, objeción de conciencia, positivismo constitucional

ABSTRACT

This work will allow reflection on an issue that has been seeing more and more important in the modern theory of law. The proliferation of so-called affirmative action laws, laws that fixes problems or social discrimination is still very big in a short period of time. You need the Legal System in a new way to interpret and analyze these rules, but especially this new form of analysis and interpretation is carried out by the judge. The new doctrine raises the incidence of these rules in the current model of Judge and, ultimately, a new legal model that as the economic system, is being called into question.

KEY WORDS

Interpretation, Affirmative action class, Judge model, Conscientious objection, Positivism constitutional

1. La legislación de acción positiva ha reducido el problema de la interpretación de las normas y los derechos

Nada puede ser más descorazonador en la vida que predicar una cosa y hacer otra. No es que el Juez tenga que estar de acuerdo en todas y cada una de las Leyes que aplica pues siempre se defiende el derecho de la Objeción de conciencia de cualquier profesional, pero es cierto que debe existir alguna mínima creencia en los valores que aplica e interpreta en las leyes. Ello no es detectable desde el punto de vista externo, no lo es hasta que se produce el acto por el cual un Juez habla, el acto de la sentencia judicial. Hasta ahora, aplicar una norma era buscar la realidad fáctica en plena coincidencia o casi plena con el precepto que regula la norma. Hoy en día, entendemos que la postura deontológica más real es la de la creencia en los valores que la ley persigue, sobre todo cuando son leyes que nacen por una exigencia social contrastada. Etimológicamente "Ética" procede del vocablo griego *ethos*, que significa "lugar donde se habita", "modo de ser" o "carácter". La Ética, según esto, tendría por objeto "el modo de ser del que vamos apropiándonos a lo largo de nuestra experiencia". También etimológicamente, el vocablo latino *mos*, del que deriva "moral", hace

* Fecha de recepción: 25 de noviembre de 2008. Fecha de aceptación/publicación: 21 de marzo de 2009.

** Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universidad Rey Juan Carlos (España).

referencia a un modo de vida del que nos hemos apropiado. Desde un punto de vista etimológico "Ética" y "Moral" son vocablos con significado prácticamente idéntico. Sin embargo a lo largo de la historia de los saberes, se ha ido distinguiendo entre "Moral" que forma parte de la vida cotidiana y "filosofía moral" o "Ética" que tiene por objeto el estudio de la Moral Culpabilidad. Dentro de esta dinámica vieja y siempre joven, se encuentra en papel del Juez¹. Una de las discusiones principales que actualmente se abordan en el ámbito de la filosofía del Derecho es la relativa a toda la polémica generada en torno al llamado incorporacionismo o positivismo jurídico incluyente, que influye toda la manera de concebir el Derecho y la creencia deontológica del Juez en la norma que aplica. En términos generales, se caracteriza esta posición por defender la tesis según la cual la moralidad puede determinar tanto la existencia como el contenido del Derecho, es decir, que lo que sea el Derecho puede depender de su adecuación a la moralidad, de cada momento como no puede ser menos. Esto supone admitir que la moral puede ser un criterio de identificación de lo jurídico; o, en términos más simples, que la moral puede ser entendida como una fuente del Derecho, si esto es así la creencia moral en la norma por parte del Juez no puede ser más jurídica desde luego.² Sintéticamente expuesto, el expediente del estado de la concepción iuspositivista concretaría el tema en una serie de crisis que bien define Escudero: crisis del conocimiento jurídico convertido en juego profesionalizado, lógico, formal, lineal, estático e incapaz de dar cuenta de la consistencia y dinámica del Derecho; crisis de la legislación, ajena a toda pretensión de racionalización y apartada de los ideales que justificaron su formulación en el Estado de Derecho, crisis de la jurisdicción, por la insuficiencia del logicismo y el desinterés por la justificación racional de la decisión, pero también crisis por el ejercicio meramente político o funcional del Derecho que favorece intereses no tan generales, podríamos añadir.

Propuestas frente a esta extendida crisis iuspositivista hay muchas y contradictorias: Desde el ultrarracionalismo cognoscivista hasta el postmodernismo paradójico y escéptico. La del neoinstitucionalismo jurídico, sin embargo, pretende situarse en una tierra media de concilio, pero sin perder su condición iuspositiva. Centrado en el conocimiento del Derecho, el neoinstitucionalismo propone una epistemología de imbricación ontológica. Esto le orienta a una concepción analítica que se enriquece pragmáticamente con los aportes sociológicos que animaría la propia dinámica del Derecho. Y, a la par, le lleva a atender no sólo a las reglas positivas, sino también a los principios y a los criterios que permiten interconectar ambos modelos normativos. Esta comprensión más abierta del ordenamiento

¹ Barranco Avilés, M.C. "El papel del juez en el Estado constitucional" en *Anuario de Filosofía del Derecho* - Núm. XXII, Enero 2005.

² Escudero Alday, R. "Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho" en *Anuario de Filosofía del Derecho* - Núm. XXII, Enero 2005, página 398 y ss.

jurídico trata de superar la clásica dialéctica interna entre coherencia formal y material. Pero, se enfrenta al reproche de conculcar el principio de legalidad, animar la arbitrariedad judicial y disolver la seguridad y la certeza jurídicas, sin duda el equilibrio entre la idea de "Legalidad" y "Moralidad" no es el ámbito que más le pertenece al Juez, que tiene que optar- salvo sanción en muchas leyes por ejemplo, de acción positiva- por la Legalidad sin más juicio al respecto. MacCormick es quien hoy en día intenta dotar a ese neoinstitucionalismo de un carácter moral que impregnará a todo el Derecho³.

La revisión de la concepción neoinstitucionalista de MacCormick permanentemente reitera la necesidad de que el análisis de la consistencia del Derecho conecte los niveles filosófico-epistemológico y sociológico -referidos a los pares fundacionalista-coherentista y analítico-hermenéutico. Esta constante imbricación determina que todo conocimiento parcial o especial, cualquier perspectiva de análisis adoptada y cada definición particular sobre el Derecho deba incardinarse en una red conceptual que se asienta sobre la creencia social en el Derecho, no se entiende la razón que esta creencia excluya al Juez, pero, sin embargo, el sistema no le deja prácticamente discernir sobre la norma que aplica, y la concesión de los derechos en la leyes de "acción positiva" le viene dada así como la interpretación de la misma.

La noción de reintegración de la validez jurídica apunta a una definición no estancada en un conceptualismo empobrecido, sino centrado en la realidad efectiva del Derecho. Pero, una realidad recontable en términos conceptuales, institucionales, y que se alimenta de la creencia en, y la fidelidad al dogma positivista de validez. Fundamentalmente, porque en las sociedades desarrolladas, el discurso del Derecho ya incorporaría en su forma destilada las condiciones de justificación del particular discurso político del Estado de Derecho, democrático y garante de los derechos. Son éstas las que concretan el contenido de la razonabilidad y justificación del Derecho como la razón de acción del mismo sistema, de los súbditos y los jueces. Por eso, el discurso jurídico descriptivo puede y debe dar cuenta de esas condiciones de razonabilidad y justificación en términos normativos, aunque renunciar a su carácter descriptivo. La virtud de la argumentación de MacCormick reside, fundamentalmente, en su afán

³ El concepto dinámico de validez jurídica neoinstitucionalista lo ha estudiado bien Suárez Llanos, M.L en *Anuario de Filosofía del Derecho* - Núm. XXII, Enero 2005. Pero los estudios modernos ya no separan prácticamente la función jurisdiccional de la política y la moral en palabras de Troper "Me parece que el Derecho Constitucional se percibía como relativo a la política, mientras que todo lo que atañía a la función jurisdiccional se presentaba como externo o al menos como debiendo ser externo a la política. Desde hace unos años nos damos cuenta que la oposición político/jurídico está bastante mal fundada y que la función jurisdiccional es tan política como la función legislativa o la función administrativa. Hoy en día los trabajos sobre los jueces y la función jurisdiccional se multiplican afortunadamente, y también en los constitucionalistas". Entrevista a Michel Troper en *Historia constitucional* - Núm. 7-2006, Septiembre 2006, pp. 349 y ss.

por imbricar el Derecho positivo en la sociedad y en la dimensión práctica y moral de la razonabilidad y la justificación, pero mucho nos tememos que al final es el argumento "deontológico" de la sanción el que hace al Juez creer en la norma que aplica o por lo menos, en determinadas normas. El discurso jurídico comienza y termina en la validez positiva, pero sin compartimentos-estanco ajenos a las imbricaciones entre la aceptación, la imposición, la valoración legislativa y judicial, los criterios formales de producción reglamentaria y los criterios sistémicos de pertenencia.

Por eso, uno de los grandes méritos de MacCormick es que incorpora la teoría de la justificación jurisdiccional en la teorización del Derecho gracias a un método analítico reconstructivo que parte del mirar hacia atrás hasta hallar un adecuado criterio último y primero de validez («retrointegración del concepto de validez»). Es verdad que tampoco MacCormick consigue fijar el parámetro de la acción justa, parece como si la Justicia de la norma- como viene consensuada, impida la creencia del Juez o la haga meramente anecdótica en su aplicación. La herencia recibida que es el ideal de racionalidad en las culturas desarrolladas, hasta ahora era un parámetro. Su papel, tanto del Juez como de la herencia recibida- por lo menos en los sistemas jurídicos occidentales- es casi nulo en la creación de la norma, sí en la evolución y desarrollo de la misma, sí en la solución de la laguna jurídica o de la antinomia, embrión de una futura reforma legal. El vicio o fallo de la argumentación maccormickiana puede residir en que al sustentar cada perspectiva de escrutinio del Derecho sus propios códigos de significación y racionalidad, la pretendida perspectiva comprensiva e integradora se enfrenta a una doble y difícil tarea: de un lado, expurgar los antiguos defectos de cada perspectiva de análisis y los que surgen al poner en relación sus planteamientos y, de otro, responder a las permanentes críticas de cada particular concepción, insatisfechas con una flexibilización o corrección de sus postulados desde un paradigma externo. Bien es cierto que lo inaceptable, sobre todo para el positivista, es pretender dictarle a la realidad qué es lo que quiere, puede o debe comprender como Derecho.

2. El Juez en y el análisis de la Justicia en las relaciones sociales

Aunque eufemísticamente se diga que los jueces tienen por misión administrar justicia, en realidad no es esa la función esencial que les atribuyen las modernas constituciones occidentales o no sólo esa. La misión básica de los jueces (y en cierto modo, de los abogados) es hablando con propiedad aplicar el Derecho, es decir aplicar un conocimiento técnico a las disputas que se sometan a su consideración. La invocación de lo justo es poco más que un recurso retórico y un ingrediente complementario que utiliza el sistema para justificarse, aunque en los países anglosajones (en Estados Unidos especialmente)

tenga más relieve práctico que en los sujetos a la tradición continental⁴. Jueces (y abogados) son por tanto unos profesionales y ocupan, como consecuencia, unos espacios profesionales, que, como todo espacio profesional, han adquirido su forma actual a través de una larga dinámica de avances y retrocesos frente a los espacios ocupados por otras profesiones que en alguna ocasión les hayan disputado alguna parcela de su actividad. Porque todas las profesiones, sean del tipo que sean, están en continuo conflicto, siquiera latente, con las más próximas en el intento de conseguir el mayor, más cómodo, más seguro y más lucrativo espacio posible para el ejercicio de su actividad. Al final, siempre se dice que la Justicia es la que cierra un problema profesional, sanitario, económico, organizativo, educacional... se está viendo en la toma de decisiones ante determinadas normas no compartidas por los ciudadanos. En última instancia, si por medio de una norma o constitución una determinada Ley se puede aprobar, el juicio último de esa decisión no será jurídico- que ya lo era- sin moral o deontológico del Juzgador, está decidiendo "políticamente" al final. Se trata de evitar que el acto judicial sancione como "legal" un acto injusto. El argumento de la Injusticia como medida de la deontología del Juez: consciente de esta limitación del Juez, Alexy hace entrar en juego al *argumento de la injusticia*, que consiste, básicamente, en una defensa de la así llamada *fórmula Radbruch*, según la cual, cuando las normas traspasan un determinado umbral de injusticia, pierden su carácter jurídico. Esta «tesis débil de la vinculación», como el propio Alexy la denomina, no exige un correlativo moral para toda norma jurídica, sino un marco de inmoralidad tolerable: el derecho no es *definido*, sino *limitado* por la moral, esto es, se trataría de una vinculación parcial entre derecho y moral, todo acto judicial puede tener- siguiendo con la cadena de razonamientos- un mínimo de creencia en la norma que aplica, pero si no lo tiene y es perfectamente "literal" tampoco se puede visualizar con facilidad. El argumento de la injusticia tiene carácter normativo que es lo que se espera de un Juez, pero la concreción de lo Justo o no tolerable, no creemos que dependa de un juicio meramente jurídico sino deontológico o moral, excede a la aplicación mimética de la norma.

En cuanto problema normativo, el argumento de la injusticia se despliega en términos de *preferibilidad* de un concepto no positivista de derecho frente a uno positivista. La preferibilidad es siempre en relación con uno o varios fines considerados valiosos. Alexy analiza una serie de argumentos (que denomina como los argumentos *lingüístico*, de la *claridad*, de la *efectividad*, de la *seguridad jurídica*, del *relativismo*, de la *democracia*, de la *inutilidad*, y de la *honestidad*) que harían preferible, en su opinión, un concepto no positivista de derecho (tesis de la vinculación) o, en todo caso, no permitirían defender una clara preferibilidad de una concepción positivista de derecho (tesis de la separación).

⁴ Colom, E. *Jueces, política y justicia en Inglaterra y España*. Madrid: Cedecs, 2001, pp. 308 y ss.

Estos argumentos se refieren, fundamentalmente, a tres cuestiones importantes: el problema de la eficacia de un argumento no positivista para combatir la injusticia manifiesta de algunos ordenamientos jurídicos (argumentos de la eficacia y de la inutilidad); la identificación del derecho y de su contenido (argumentos lingüístico, de la claridad y del relativismo); y, por último, la retroactividad del derecho (argumentos de la seguridad jurídica, de la democracia y de la honestidad). La postura antipositivista a que conduce el argumento de la injusticia puede tener una enorme trascendencia práctica, como se ha puesto de manifiesto en algunos fallos de los tribunales alemanes en relación con hechos acaecidos durante el período del régimen nacionalsocialista o en la extinta República democrática alemana (RDA), que han negado el carácter jurídico de algunas leyes (promulgadas conforme a los procedimientos de creación de normas y obedecidas y aplicadas, esto es, válidas y eficaces) por razón de su contenido altamente injusto. Esto, sin embargo, no deja de ser la revisión de una situación histórica por parte de quienes ostentan el poder tras el derrumbe de los sistemas políticos y jurídicos injustos: establece qué parte de todo aquello resulta ideológica y moralmente (in)asumible por el presente. Esta relevancia práctica a posteriori nada tiene que ver con el concepto de derecho, sino con la ideología y la moral dominantes en el momento histórico, en esa ideología entra el papel del Juez que "aumenta" la creencia en la nueva Ley de la sociedad. No se comprende las posturas ideológicas que preconizan la "independencia absoluta del Juez", cabe preguntarse si puede un Juez ser independiente con respecto a su propia ideología, aspecto esencial de su ser-persona. Que el derecho es un instrumento en manos del poder es una de las principales líneas de defensa del positivismo jurídico frente al argumento de la indefensión formulado por Radbruch⁵. Radbruch responsabilizó al positivismo de haber dejado indefensos a los juristas alemanes frente a la injusticia legalizada y amparada por el derecho nacionalsocialista. Con el tiempo se ha visto que, como hipótesis histórica, el argumento de la indefensión, es parcialmente inexacto; y, desde un punto de vista teórico, inaceptable, de manera que la cuestión de la eficacia para combatir la injusticia amparada por el derecho positivo no queda resuelta mediante la tesis simplista de que para el formalismo positivista cualquier norma, por muy indeseable que resulte desde un punto de vista moral, puede ser una norma jurídica, lo que dejaría sin argumentos a los juristas.

El segundo paso en la defensa del positivismo fue darle la vuelta al argumento de la indefensión: es precisamente el concepto no positivista de derecho, al asociar elementos morales a la validez, el que propicia situaciones de legitimación y obediencia acrítica del derecho. Alexy despliega aquí dos líneas de argumentación: el argumento de la *praxis jurídica* y el *efecto de riesgo*. Según el argumento de la *praxis*

⁵ García Manrique, R "Radbruch y el valor de la seguridad jurídica" en *Anuario de Filosofía del Derecho* Núm. XXI, Enero 2004, pp. 261-277 repasa la obra y evolución de Radbruch, en la crítica al positivismo y la desconfianza en el iusnaturalismo puro.

jurídica, si existe un consenso en la comunidad jurídica acerca de la necesidad de que las disposiciones estatales satisfagan determinados contenidos mínimos de justicia, «se dispone ya de una argumentación jurídica enraizada en la praxis jurídica y no sólo de una argumentación moral para enfrentarse a los actos de un régimen injusto». No escapa al propio Alexy la escasa resistencia que un consenso de este tipo ofrece frente a un régimen injusto, de manera que la efectividad del argumento de la praxis jurídica se referiría principalmente a regímenes injustos débiles en su fase inicial. Las consecuencias favorables de un concepto no positivista de derecho se anticiparían en el tiempo también en el plano individual en lo que Alexy denomina el «efecto de riesgo»: la adopción de un concepto no positivista del derecho puede favorecer y/o acelerar el derrumbe de los sistemas injustos o, al menos, reducir el grado de injusticia porque las perspectivas de responder judicialmente ante un hipotético, pero, a la vez, seguro, derrumbe del sistema, desincentiva la participación en la injusticia, incluso de aquéllos que comparten sus fundamentos. El argumento del efecto del riesgo será un buen argumento en la medida en que lo sea la predicción que contiene. Esta predicción tiene su fundamento en un cálculo de utilidad, o sea, en la prudencia de las personas en esas personas está el Juez que deontológicamente debe medir esa utilidad de forma individual o colegiada según su posición en un Tribunal de Justicia. Hay un último aspecto problemático del argumento del «efecto de riesgo» que conecta directamente con el asunto de la identificación del derecho, en especial, con el argumento del relativismo. La efectividad de un concepto no positivista de derecho (en los términos que describe el argumento del efecto de riesgo) presupone, no sólo la asunción por los juristas de un tal concepto de derecho, sino la percepción de la injusticia extrema e insoportable que ya no es derecho y cuya obediencia o aplicación constituiría el principal cargo contra ellos en un futuro (y, por ahora, hipotético) juicio. Si no se es capaz de identificar la injusticia extrema e insoportable, resultaría irrelevante, desde el punto de vista de la efectividad, la adopción de un concepto no positivista de derecho. La identificación del límite, dónde comienza el umbral de la injusticia insoportable, no es algo fácil, *pero este excursus queda vaciado en las Leyes de acción positiva, ellas mismas fijan ese umbral o lo pretenden*. El propio Radbruch admite que «resulta complicado establecer la frontera entre las normas injustas, pero todavía jurídicas, y las insoportablemente injustas»; y no se avanza demasiado en claridad al afirmar, como hace Alexy, que el límite de lo soportable lo constituyen «exigencias morales mínimas», como los derechos humanos elementales a la vida y a la integridad física. Alexy pretende salvar la dificultad para establecer nítidamente un límite de lo soportable vinculando el aspecto material y el epistemológico de la corrección: «cuanto más extrema sea la injusticia, tanto más seguro su conocimiento», o lo que es lo mismo, que lo (más) insoportable resulta (más) evidente⁶.

⁶ Alexy, R. «El concepto y la validez del derecho» [en *Id. El concepto y la validez del derecho* (trad. J. M. Seña), Barcelona: Gedisa, pp. 13-130]. En este sentido, Alexy

Sin embargo, esta especie de intuicionismo moral al que recurre para establecer el límite de la injusticia extrema resulta cuestionable, inseguro, y posiblemente de un examen a posteriori de muchas injusticias soportables o no. Lo cierto es que el Juez se encuentra con unas relaciones interprofesionales que reclaman justicia y poco importa ya su posición iusfilosófica ya que se ha convertido el Derecho o la Justicia en el arte de dotar de forma técnica el debate, con el fin de hallar norma por la que basarnos para resolver, más allá del juicio moral que nos parezca bueno o no.

3. La utilización de los principios como base deontológica de la actuación judicial

El tema de los Principios como base, si una norma aprobada, sancionada y, por tanto, aplicable, no soluciona o crea más problemas o nace creando más convulsión social, los principios jurídicos previos a ella puede dotar al Juez de una base deontológica (moral) para una actuación que- en última instancia ya- siempre se podrá reconducir a lo que es o ha sido tradicionalmente Derecho. Mientras que el argumento de la injusticia conecta derecho y moral en el plano de la validez mediante la incorporación de contenidos morales mínimos al concepto de derecho (aquéllos cuya vulneración constituye una injusticia insoportable), el argumento de los principios lo hace en el plano de la interpretación y aplicación del derecho, estableciendo, desde el punto de vista del participante, un vínculo conceptual y cualificante. El argumento, cuyo presupuesto fundamental es la distinción entre reglas y principios, consta de tres partes.

En primer lugar, Alexy afirma que «todo sistema jurídico mínimamente desarrollado contiene necesariamente principios» (*tesis de la incorporación*)⁷. Como tesis empírica, la tesis de la incorporación es verdadera, pero también contingente, y por ello, irrelevante para el debate acerca del concepto de derecho, *pero en las Leyes de acción positiva los principios son las propias normas, son aplicables de forma directa y procesal*. La presencia de principios en el sistema jurídico puede ser asumida por un positivista sin renunciar a la tesis de la separación, ya que la incorporación de principios al derecho positivo y el vínculo con la moral que dicha incorporación fundamenta puede resolverse como una cuestión de validez o pertenencia al sistema, sin recurrir necesariamente a un concepto normativo de derecho. La cuestión es si la tesis de la incorporación es necesariamente verdadera. Para ello habría que preguntarse si es posible pensar en algún sistema jurídico que no los incorporara, porque de ser así, la tesis de la

afirma que «existe un uso de la expresión "derecho" en la perspectiva del observador de acuerdo con el cual no sólo no es conceptualmente necesaria la inclusión de elementos morales en el concepto de derecho sino que, además, ello es conceptualmente imposible» («El concepto y la validez del Derecho», p. 36.

⁷ Cabra Apalategui, J.M. "La concepción no positivista del Derecho de Robert Alexy" en *Anuario de Filosofía del Derecho* - Núm. XXII, Enero 2005, pp. 148 y ss.

incorporación, como tesis conceptual, es falsa. Para Alexy, la tesis de la incorporación se vería confirmada por la necesidad de ponderar que tiene el aplicador jurídico (o participante) en los casos difíciles: «cuando alguien realiza una ponderación, entonces necesariamente se apoya en principios»⁸.

La distinción entre reglas y principios presenta cierta complejidad que no sabemos si es o no operativa. Son unos estándares que presentan dos características básicas: su estructura abierta y su discutible juridicidad, ésta última se observa por el miedo a utilizarlos de forma exclusiva como argumento. Así, suele afirmarse que se trata de disposiciones de carácter general y fundamental, pero lo cierto es que de ambas notas sólo se desprende un posible juicio de comparación con otros enunciados jurídicos menos generales o fundamentales, respecto a los cuales ejercen o actúan como principios. La noción de principio jurídico, por lo tanto, puede ser usada en diversos sentidos, entre los que se encuentran los siguientes: a) norma muy general, que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; b) norma redactada en términos particularmente vagos; c) norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, de un sector del mismo o de una institución, etc.; d) norma programática o directriz, esto es, que estipula la obligación de perseguir determinados fines; e) norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho, que señala con carácter general cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc. y f) enunciado o máxima (regula iuris) de un considerable grado de generalidad, que permite la sistematización del ordenamiento o de un sector del mismo⁹. *Todas estas nociones válidas quedan debilitadas en la legislación de acción positiva: el principio de igualdad pasa a ser una norma concreta, ya no es basamento más allá de una mera referencia a él en las Exposiciones de Motivos de la Leyes.*

Conviene señalar, a su vez, que algunos de los estudios más recientes sobre principios jurídicos tienden a centrarse e incidir en el tema de la distinción estructural y funcional entre principios y reglas. Al respecto, pueden encontrarse tres tesis básicas sobre esta diferenciación: *una primera que niega tal separación*, debido a la pluralidad jurídica realmente existente; *una segunda postura que sólo atribuye a dicha distinción una diferencia de grado*, donde la generalidad y fundamentalidad serían los criterios decisivos -sobre los cuales ya han sido hechas algunas consideraciones-; *y en tercer lugar*, otra posición que permite hablar de una diferencia cualitativa y no sólo gradual entre reglas y principios, es decir, que existe un criterio que permite distinguir "con toda precisión" entre reglas y principios. Al respecto, habría que advertir que no todos los principios pueden ser reducidos a una estructura o función unitaria; que no poseen unos

⁸ Ruiz Sanz, M. *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*. Madrid: Dykinson, 2001. pp-219 y ss.

⁹ Ruiz Sanz, M. Op. cit. pp. 218 y ss.

caracteres comunes; y que muchos de ellos no pueden reducirse a operadores deónticos. De ahí la dificultad de su estudio conjunto. Además, como tendremos ocasión de comprobar, mediante la interpretación es posible transformar reglas en principios y principios en reglas, cuando las normas son aplicadas al caso concreto.

A la relevancia actual de esta cuestión ha contribuido en buena medida la propuesta de revisión crítica del positivismo jurídico (especialmente sobre la teoría de H.L.A. Hart) realizada por R. Dworkin, tanto respecto a la separación cualitativa y lógica entre principios y reglas, en el sentido de que las reglas son aplicables por completo o no lo son, mientras que los principios deben ser ponderados según su importancia relativa. *Ante la Legislación de acción positiva, que persigue unos resultados a los que lleva al Juez de forma procesal, habríamos de preguntarnos doctrinalmente si el discurso de Hart y Dworkin- siempre desde el respeto que ha supuesto para la Filosofía del Derecho- sobre el tema no ha quedado obsoleto.*

Hay que indicar, además, otras consideraciones previas. En este sentido, no cabe duda que tanto las reglas como los principios son normas jurídicas, es decir, enunciados prescriptivos que se refieren a lo que "debe ser", y que como sugiere R. Alexy, pueden ser formulados mediante los operadores deónticos del mandato, de la prohibición, o de la permisión. Pero además, este mismo autor entiende los principios jurídicos como "mandatos de optimización", aunque hay autores que han sostenido la distinción entre reglas y principios en función de la distinta forma de resolución de conflictos cuando entran en contradicción dos reglas o dos principios. Así, el propio R. Dworkin ha señalado que los principios poseen una dimensión de peso o de importancia de la que carecen las reglas. Una contradicción entre principios ha de resolverse dando preferencia a uno de ellos, siendo ambos válidos, mientras que una antinomia entre reglas se soluciona aplicando sólo una de ambas, dado que la otra resulta inválida, pero nos preguntamos si la preferencia de un principio como opción deontológica del Juez, no "invalida" al otro que no aplica. *Todo lo indicado es en el plano de la Ley que permite interpretación amplia, pero la problemática es distinta cuando de Leyes de acción positiva se trata, allí el debate deontológico del Juez quizá no existe, sólo es posible la sanción al Juzgador cuando se pregunta por la existencia de la norma o el sentido de su aplicación.* El Legislador,- en su sempiterno intento de monopolizar la totalidad del Sistema Jurídico- , persiste en su proceso de mecanización de la Justicia, en el sentido de que sea un engranaje más en la producción de resultados y ello sobre todo en las Leyes de acción positiva o antidiscriminatoria. El problema es que quien juzga la norma es "persona" con criterios deontológicos y con formación valorativa propia.

4. El debate deontológico del Juez en la Ley de acción positiva es debilitado

En un sentido similar, al menos como punto de partida, R. Alexy distingue entre conflictos de reglas y colisiones de principios, según el modo de solucionar la situación de incompatibilidad normativa en uno u otro caso. En este sentido, un conflicto de reglas se resuelve o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto, o declarando inválida una de ellas. Por contra, las colisiones entre principios deben resolverse con la cesión de uno ante el otro; pero esto no significa que haya que introducir una cláusula de excepción, ni que el principio no aplicado deba ser declarado inválido, sino que bajo ciertas circunstancias, uno de los principios se aplica con preferencia al otro. De esta manera, el conflicto se resuelve mediante una "ley de colisión", que consiste en la ponderación entre los principios en contradicción, teniendo en cuenta las circunstancias del caso para establecer una "relación de preferencia condicionada". Se trata, por lo tanto, de la ponderación entre intereses opuestos en un caso determinado y bajo ciertas condiciones de aplicación, en las cuales un principio precede al otro; pero ante otras condiciones diferentes, la preferencia puede darse de forma inversa, en función de peso que tenga cada uno de los principios: esto pertenece al análisis clásico de la interpretación de la norma, pero en la Ley de acción positiva esto no es necesario. No existe el debate: lo importante son los resultados jurídicos conseguidos (contra la desigualdad laboral, salarial, de derechos civiles, contra la violencia...) y el Juez es un engranaje más, se supone que la Ley nace con apoyo social y atiende a la racionalidad del Legislador constitucional¹⁰.

La llamada *tesis moral* de Alexy desaparece con este tipo de legislación que no ha hecho sino comenzar. En estas tesis sostiene que los principios traídos al razonamiento jurídico para la satisfacción de la pretensión de corrección pertenecen a *alguna* moral (versión débil de la conexión necesaria entre derecho y moral), de manera que tienen la doble propiedad de pertenecer simultáneamente al derecho y a la moral.

¹⁰ García Amado Amado, J. A., "Razón práctica y teoría de la legislación", *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 9 (2000), pp. 316-317. Una idea semejante sostiene J. L. Díez Ripollés: la Constitución impide la arbitrariedad del legislador, pero ello no significa hacer quebrar la división de poderes y desplazar el poder de decisión hacia la jurisdicción. Para ello, resulta adecuada la idea de un control "débil", que se circunscriba a vigilar que se respetan las exigencias comunicacionales; exigencias que van más allá de las formalidades de procedimiento y competencia, y se extienden a garantizar la participación ciudadana, a dar relevancia a las opiniones sociales, a elaborar estudios sobre la realidad social en la que se intenta incidir, los objetivos a perseguir, los medios de que se dispone, las consecuencias, la aceptabilidad, la coherencia con el resto del ordenamiento. "En suma -señala el autor- la concurrencia de tales presupuestos hará que la ley supere el control de constitucionalidad por respetar un limitado nivel de racionalidad, sin que en ningún momento eso prejuzgue el contenido de la decisión legal finamente adoptada ni su racionalidad socialmente exigible", Díez Ripollés, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 84-85.

«Como se incorporan al derecho principios que, por su contenido, son morales -sostiene Alexy-, el juez que se apoya en ellos decide sobre la base de pautas jurídicas. Si se quiere recurrir a la ambigua dicotomía de forma y contenido, se puede decir que el juez decide desde el punto de vista del contenido sobre la base de razones morales y desde el punto de vista de la forma sobre la base de razones jurídicas». Ya no hay coincidencia entre la estructura y la función del mismo órgano legislativo (el Parlamento), puesto que la legislación, pero sobre todo en el tipo de legislación que analizamos, se ha convertido también en obra del Poder Ejecutivo. El trasvase de la función legislativa, de la legislación delegada por el Parlamento al Ejecutivo, constituye un fenómeno característico de la democracia institucional, pero podía considerarse clásico. Ahora es al revés: es el Parlamento el que se ha convertido en un "delegado" del Ejecutivo, y en esa tendencia está el Poder Judicial, el análisis es imposible sin plantearse el aspecto deontológico del Juez, sólo sometido a las Leyes, a todas y con las características que sean, esta es la cuestión. No se puede afirmar que el Poder Legislativo se reduzca a ejercer la función legislativa, mientras que el Ejecutivo se ciñe a la ejecutiva y la Judicatura a la judicial. En efecto, es evidente que los Parlamentos no han gozado nunca del monopolio de la función normativa, en la medida en que Gobierno y Administración cuentan con la importante potestad reglamentaria, pero en la legislación de acción positiva es todo único se diseña el reglamento acto seguido en un todo lineal en un nuevo modelo de Legislación¹¹. Igualmente, los jueces no sólo regulan amplios sectores de la organización interna del Poder Judicial y ejecutan actos materialmente administrativos en ese ámbito, sino que en la medida en que interpretan las normas jurídicas, las integran y complementan, inciden en cierta manera sobre las potestades normativas del Legislativo y del Ejecutivo. Pero esto es análisis sobrepasado no es real, la situación es de cambio en el aspecto organizativo del Estado, la manera de "cambiar" a un Poder por esencia independiente es dirigiendo al máximo su labor interpretativa, si además la Ley se recubre de logros sociales o de ampliación de derechos, es difícil que la ciudadanía pueda quejarse de ello. De aquí que la Filosofía del Derecho atenta a las evoluciones del Sistema general, tenga que hacerse eco de este cambio. Sea por una causa concreta sea por un objetivo específico, el cambio en el papel del Juez está siendo realmente gradual pero se viene acercando- se quiera o no- a ser cada vez más pieza del engranaje en ese resultado. Por ello, la posición del Juez en cuanto a la interpretación de la norma, se ha debilitado en parte por esos objetivos tan claros que marca la Ley, además de que no se puede negar la propia conciencia social de los ciudadanos como límite: no puede existir debate moral o deontológico de un Juez cuando de "ampliación" de derechos civiles se trata. Ello es sólo diagnóstico no llega a ser ahora crítica de fondo de Ley alguna, simplemente el proceso está siendo distinto y está afectando al papel del Juez en el Sistema Jurídico.

¹¹ Galiana Saura, A. *Hacia un nuevo modelo legislativo del estado de derecho*, Madrid: Dykinson, 2003, pp.180 y ss.

5. Los derechos de “los otros” en las Leyes de acción positiva

El debate deontológico sobre si el Juez aplica la norma o además la valora y “hace Justicia” suena a rancio, a algo caduco, en ello tiene mucho que ver la nueva concepción de la Legislación. Dworkin considera- por poner un ejemplo de autor en la modernidad- que la *hipótesis valorativa* expresa el *concepto* de interpretación. Esto muestra que, en realidad, las diferentes teorías de la interpretación que se han defendido hasta el momento (a pesar de que se suelen presentar a sí mismas como análisis conceptuales de la idea misma de interpretación), constituyen diferentes *concepciones* que compiten para ofrecer la mejor respuesta al interrogante básico que surge de dicho concepto: qué es lo que hace valioso al objeto de la interpretación. En consecuencia, la mejor forma de entender la hipótesis valorativa; es como si fuera ella misma una proposición interpretativa. Este análisis no puede aplicarse a la Legislación de acción positiva- cada vez más numerosa- la hipótesis valorativa no existe, existe la aplicación como tal¹². Las Leyes de acción positiva nacen para impedir o no prolongar una situación de injusticia previa, pero una vez que la norma se aplica con normalidad, puede surgir otra problemática: su propia esencia puede desconocer- discriminar- los derechos de los otros, aquello que inicialmente no son los perjudicados por la desigualdad. Es un caso poco común el acto discrecional sin motivar del juez, y de esa idea hemos de partir de forma estadística. El funcionamiento normal de la justicia así lo indica afortunadamente. Pero es necesario ante estos casos de existencia indiscutible, que exista un control para ello, pues la indefensión que se genera es grande. El Tribunal Constitucional y el Supremo con su labor de limpieza y de fijación de doctrina crean una “doctrina de mínimos” a la que toda resolución judicial ortodoxa ha de ajustarse así esos mínimos han quedado claros al establecer que la Ley de Igualdad de Hombres y Mujeres es constitucional, si es constitucional es legal: se ha terminado el debate deontológico. El límite está en la interpretación- aplicación irracional e irrazonable, en el caso del juez penal, la motivación es todavía mayor: es un deber reforzado, fundamento en un buen relato fáctico del supuesto de hecho y en las consecuencias que de ellos extraerá. Se habla y con razón, y quien ejerce el Derecho lo sabe, de las resoluciones que obedecen sólo al voluntarismo del órgano judicial aun ajustándose a Derecho la resolución. El principio de inmediación impone que el juez esté presente en la actividad probatoria, para una íntima convicción mínima de los hechos que enjuicia, ha de suponerse que la racionalidad “media” es en la que está pensando la ley. Insistimos en que es posible controlar el movimiento procesal del litigio, pero la valoración de las pruebas y la interpretación de las normas escapan a ese control, y es donde se encuentra la esencia de la argumentación judicial, los instrumentos de control son la norma, la motivación de la sentencia y los mecanismos procesales para la revisión

¹² Bonorino, P. R. *La “hipótesis valorativa” puesta a prueba El Imperio de la interpretación. Fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*. Madrid: Dikynson, (2001), pp. 38-44.

de sentencias. No es fenómeno excepcional la discrecionalidad judicial, pues el juez no es un ordenador por más que lo pretendan las Leyes de acción positiva recordando a los tiempos de la codificación francesa y el papel que al Juez reservaba la escuela de la Exégesis: todo era el texto, nada más que el texto, resulta curioso que técnicamente en la época de los derechos humanos y sociales, el papel del Juez pueda verse cercano a esta antigua concepción por todos dicese superada¹³.

La Ley que ha tenido más repercusión en la Igualación antes que la Ley de Igualdad ha sido la de la Violencia de Género, dictada antes por el problema social existente de cruel realidad, es el ejemplo de cuanto se intenta explicar. Es significativo que hasta muy avanzado el siglo pasado no se encuentre ninguna referencia precisa a esa forma específica de violencia en los textos internacionales, salvo acaso como expresión indeterminada de una de las formas de discriminación contra la mujer proscrita por la Convención de Naciones Unidas de 1979. Sólo a partir de los años noventa, comienza a consolidarse su empleo gracias a iniciativas importantes tales como la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer del mismo año, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994) o la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing (1995).

Es una manifestación más de la resistencia que existe a reconocer que la violencia contra las mujeres no es una cuestión biológica ni doméstica sino de género pero ello tiene repercusión en la nueva forma de legislar y de interpretar la norma. Se trata de una variable teórica esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, que no nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. El género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido

¹³ Gaudemet, E.: *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, París, 2002, 207 pp estudia la escuela de la Exégesis, es decir, "todo el derecho civil está en el Código civil, toda solución jurídica debe encontrarse en un texto de dicho código bien directamente, bien por deducción o por inducción y todo problema del derecho se reduce a la búsqueda de la voluntad expresa o tácita del legislador", negando por tanto a la costumbre todo poder creador así como también a la actividad interpretadora de los jueces.

asignados bajo la etiqueta del género, todo ello como indica Maqueda Abreu¹⁴.

Pero sólo como ejemplo de cuanto se dice se utiliza esta Ley, pues es bien sabido que ante el drama, la enorme tragedia que viene repitiéndose era obligatorio para el Legislador confeccionar una norma. No es nuestro objetivo analizar la violencia de género y las medidas que ésta crea en el presente trabajo, pero es evidente que el ejemplo de recientes leyes de acción positiva reafirma cuanto se dice.

La Ley Orgánica 1/2004 contiene un catálogo amplio y bien equilibrado de medidas de diversa naturaleza dirigidas a combatir de forma integral la violencia de género. Desde estrategias a *largo plazo* destinadas a transmitir al conjunto de la sociedad “nuevas escalas de valores basadas en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres” (art. 3) –como es el caso, por ejemplo, de las actuaciones en el orden educativo (arts. 4-9), el control de la publicidad sexista (art. 10) o la formación de jueces y fiscales (art. 47)-; pasando por otras de *realización inmediata* que pretenden fomentar la autonomía de la mujer maltratada para facilitar su reinserción en la vida social y laboral –movilidad geográfica o flexibilidad de horarios en el ámbito laboral (art. 21), programas específicos de empleo (art. 22), subsidios y otras ayudas económicas (art. 27), prioridad en el acceso a viviendas protegidas (art. 28), entre otras-; hasta una batería de medidas de *prevención y control de riesgos* destinadas a reducir las cotas de inseguridad y desamparo propias de la mujer maltratada –protocolos para la detección precoz de la violencia de género en el ámbito sanitario (art. 15), derecho a la asistencia integral de las víctimas (art. 19), asistencia jurídica gratuita unificada en todos los procedimientos incluso de naturaleza administrativa (art.20), etc ...

Sin embargo, esta amplia y acertada gama de medidas de naturaleza extra penal no ha conseguido imponer la imagen de una ley dispuesta a abrir el abanico de estrategias más allá del clásico y siempre dudoso recurso al Derecho penal. Al contrario, pese a la multiplicidad de enfoques que propone la Ley Integral, desde un principio todas las miradas se han dirigido a las novedades de naturaleza político-criminal, sin duda el aspecto más polémico de este nuevo conjunto normativo. Su interpretación, por tanto, o es “amplia” o el Juez no se está moviendo dentro de los objetivos sociales.

En esencia, dos son las grandes pautas que definen el nuevo modelo de intervención punitiva:

- La decisión de crear una tutela penal reforzada aplicable sólo a la mujer –con exclusión del varón-.

¹⁴ Maqueda Abreu, M.L. “La violencia de Género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02 (2006).

- Incremento generalizado de la severidad de la respuesta penal frente a la violencia de género.

Sólo de forma tímida la Ley ensaya alguna otra alternativa vinculada al sistema penal, como es el caso de la decisión de conceder una oportunidad al tratamiento de los maltratadores. Ello se expresa, por una parte, en la reforma del art. 83 del Código penal relativo a la suspensión de penas privativas de libertad, en cuya virtud será obligatorio imponer al condenado por un delito de violencia de género el deber de “participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares” –art. 83.1. 5ª CP-22. Por otro lado, la ley prevé la puesta en marcha dentro del ámbito penitenciario de “programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género”, cuyo aprovechamiento y seguimiento por el penado se convierten en elementos relevantes para la obtención de todos aquellos beneficios penitenciarios que implican su eventual salida de prisión -progresión en grado, permisos de salida o libertad condicional. La apuesta por la terapia del agresor siempre ha despertado fuerte resistencia entre los sectores relacionados con las víctimas de violencia de género, pues se entiende que es una forma de desviar fondos y esfuerzos hacia el responsable del maltrato en lugar de destinarlos a quienes sufren sus actos violentos. Sin embargo, tales opiniones pierden de vista que este tipo de iniciativas repercuten en beneficio de la propia víctima, ya que el aprendizaje en el control de la agresividad puede reducir –al menos en alguna medida- el altísimo riesgo de reincidencia implícito en esta clase de delincuentes. Pero, además, cabe recordar que el Derecho penal ha de cumplir una función resocializadora que no puede quedar vedada a determinado tipo de autores sólo porque se considere particularmente reprochable la naturaleza del delito cometido. Todo delincuente tiene derecho a la reinserción y nada autoriza a que los maltratadores sean excluidos de esa posibilidad. Las posturas contrarias a ese derecho no sólo perjudican la finalidad de reducir al máximo las fuentes de violencia contra las mujeres, sino que resultan contradictorias con las bases mismas del discurso feminista, cuyo objetivo último es una sociedad más pacífica y tolerante, respetuosa de los derechos de todos los ciudadanos por igual, sin exclusiones ni rechazos fundados en causa alguna y menos todavía en el sexo de las personas. Pero esto que se ha indicado como ejemplo concreto de acción positiva real, sitúa al Juez ante una toma de postura deontológica previa: *aplicará la Ley y tenderá a que la acción positiva disminuya el problema de la discriminación, sino la aplica, obstaculizará ese resultado porque la propia ley le sitúa en ese ámbito*. Ante ello el control de la discrecionalidad todavía ha de ser mayor, pero en todos estos razonamientos cabe preguntarse si no estamos acercando al Juez peligrosamente a un mero “vocero de la Ley” al despojarle, en su eficacia, de su derecho explícito de objeción de conciencia -se recuerda que ya hubo jueces que tildaron esta Ley por discriminatoria por penar más al hombre que a la mujer con idéntica agresión- que le ampara como ser humano y titular de derechos.

Pero no es problema nuestro sólo, pasada ya la época en que cualquier solución jurídica extranjera era mejor que la nuestra, en nuestro entorno los problemas del control de la discrecionalidad surgen por las leyes que favorecen un resultado y por el respeto al derecho de “los otros” pues sus garantías, el hecho de su respeto, sí es una cuestión de apreciación no sólo procesal del Juez.

La Constitución de la República Federal Alemana de 1949 (en adelante GG) establece su *voluntad de servir a la paz del mundo* (Preámbulo), y sitúa, como eje central de su ordenamiento jurídico, la dignidad (intocable) de la persona (art. 1 (1) GG) 4. En el mismo precepto recoge los *derechos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la libertad y de la justicia* (art.1 (2) GG). Y lo cierra estableciendo la aplicabilidad directa de los derechos que recoge a partir del artículo 2 y la vinculación a los mismos de la legislación, del poder ejecutivo y de la jurisprudencia (art. 1 (3) GG). El artículo 3 de la Constitución alemana se divide en tres números que regulan: el 3.1, la igualdad formal o igualdad en la ley (abarca la igualdad en la letra de la ley, así como la igualdad en la aplicación de la ley: Todas las personas son iguales ante la ley («*Alle menschen sind vor dem Gesetz gleich*»)) Este número encierra un mandato general de igualdad (U. SACKSOFSKY); el 3.2 regula la igualdad de trato, esto es: hombres y mujeres tienen los mismos derechos («*Männer und Frauen sind gleichberechtigt*») y la igualdad material: Corresponde al Estado la consecución real de la igualdad de trato de mujeres y hombres y promueve la remoción de las desventajas persistentes («*Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin*»). El 3.3 recoge el principio de no discriminación y tasa un *numerus clausus* de causas de discriminación, señalando, en primer lugar, el género («*Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden*»).

Como se observa, las normas establecen unas pautas para todos los jueces europeos en cuanto a sus objetivos ello marcará su interpretación pues sus resoluciones son europeas y aplicables más allá de las fronteras nacionales, no se comprende que ello pueda ser así si no se “mecaniza” la función en ese sentido¹⁵.

¹⁵ En esa clave hay que ver la legislación procesal que acerca del papel del Juez español a Europa, así, El Programa de La Haya: consolidación de la Libertad, la Seguridad y la Justicia en la Unión Europea» (DOUE C 53, de 3 de marzo de 2005, 1). Uno de los objetivos fundamentales de la UE es garantizar a los ciudadanos europeos un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia. Con tal fin el Tratado de Amsterdam prevé la transferencia de la cooperación judicial en materia civil del tercer pilar hacia el primer pilar. A tal efecto el Consejo adoptó en Tampere (1999), que el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sería la piedra angular

Pero volviendo al tema de las normas positivas y partiendo de la cláusula de la interdicción de la discriminación, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha admitido la diferencia de trato a favor de la mujer en algunos casos. Para hacer efectiva esa interdicción, permite conceder ventajas al sexo femenino a través de la denominada *acción positiva*, si bien con las siguientes precisiones:

1.º La *acción positiva* se separa claramente de la *acción protectora* por cuanto no parte como ésta de una concepción previa de la

para la creación de un verdadero espacio judicial europeo. Además, se pidió una mejora del acceso a la justicia en Europa. Cinco años después, en noviembre de 2004, el Consejo de la UE ha adoptado el nuevo programa plurianual (para el período 2005-2010) denominado «Programa de La Haya» [DOCE C 53/1 de 3 de marzo 2005] destinado a la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la UE. En él se destaca la necesidad de seguir mejorando el trabajo de creación de una Europa de los ciudadanos y la función esencial que desempeñará a este respecto la creación de un espacio europeo de justicia. Como objetivos prioritarios se señala la necesidad de proseguir el esfuerzo por facilitar el acceso a la justicia y la cooperación judicial, así como la plena utilización del reconocimiento mutuo. El Consejo Europeo invita a la Comisión a presentar en 2005 un plan de acción con propuestas de acciones concretas y un calendario para la adopción y aplicación de las mismas. Dicho plan fue presentado por la Comisión en agosto de 2005 a través del documento Plan de Acción del Consejo y al Comisión por el que se aplica el programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia de la Unión Europea [DOCE C 198, de 12 de agosto de 2005] Es de destacar el interés de ambos documentos que necesariamente se complementan, pues permiten vislumbrar el futuro del espacio judicial europeo en los próximos diez años. Me propongo dar cuenta brevemente de los puntos clave señalados por el Consejo en el Programa de La Haya y desarrollados por la Comisión en el Plan de Acción.

A) Reconocimiento mutuo de decisiones y eliminación de obstáculos al funcionamiento adecuado de los procedimientos: El Consejo Europeo atribuye gran importancia a la continuación del desarrollo de la cooperación judicial en materia civil y la culminación total del programa de reconocimiento mutuo adoptado en 2000. El principal objetivo político en este ámbito consiste en que las fronteras entre los países europeos dejen de constituir un obstáculo a la resolución de los asuntos de Derecho civil o a las demandas y la ejecución de resoluciones sobre asuntos civiles. La continuación de la aplicación del programa de medidas relativas al reconocimiento mutuo deberá constituir una prioridad en los próximos años, para garantizar que quede concluido en 2011. A tal efecto la Comisión prevé la adopción de los siguientes instrumentos:

- 2005: Libro verde sobre sucesiones [ya adoptado, ver crónica anterior]; Libro verde sobre conflictos de leyes y jurisdicción en asuntos de divorcio (Roma III) [ya adoptado, ver crónica anterior]; Propuesta sobre los conflictos de leyes relativos a obligaciones; Propuesta sobre litigios de menor cuantía (ya adoptado, ver crónica anterior ADC); Propuesta sobre obligaciones alimenticias

- 2006: Adopción de las propuesta «Roma II» sobre los conflictos de leyes relativos a obligaciones no contractuales; adopción del Reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo; adopción de la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen económico matrimonial, que incluye la cuestión de la jurisdicción y el reconocimiento mutuo

- 2006-2007: Libro Verde sobre la ejecución eficaz de las decisiones judiciales

- 2008: Libro Verde sobre unas normas mínimas para determinados aspectos del Derecho procesal

- 2006-2010: Evaluación de la posibilidad de suprimir el exequátur y de propuestas legislativas

«debilidad» o «inferioridad» de la mujer, sino de la constatación de que la posición social debilitada de la mujer es un hecho contrastable, derivado de prácticas y mentalidades que aún no se han eliminado. La *acción positiva* trata de contrarrestar estas prácticas y mentalidades. Suscita todo tipo de dudas el hecho de que un Juez planteé esa cuestión de inconstitucionalidad y el hecho posterior de sancionar cómodamente por sentencia judicial lo que la Ley impone, sin más. De nuevo se justifica el que los planteamientos deontológicos quedan más vedados que nunca en este tipo de legislación positiva.

2.º La discriminación por el sexo que prohíbe la Constitución ha de entenderse referida a los dos sexos, tiene carácter universal, y según el propio TC, no conviene «provocar una congelación de los grupos o colectivos considerados como discriminados en la Constitución».

3.º La *acción positiva* se legitima no en función de las características individuales de la persona beneficiaria, sino en función de su pertenencia a un colectivo discriminado, en este caso, las mujeres.

Estas consideraciones pueden llevar a la polémica sobre la quiebra del principio de Igualdad por parte de la interpretación del Juez con respecto al derecho de “los otros”, los no discriminados. Consciente de este problema, la doctrina española propone, a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, unas posibles soluciones que tienen en cuenta, implícita o explícitamente, el principio de proporcionalidad. Para comprender estas soluciones hay que saber diferenciar en la *acción positiva* dos modalidades posibles:

a) La *acción positiva* que comporta medidas favorables para un grupo (sexo femenino) sin perjudicar a los pertenecientes al sexo masculino. Por ejemplo, cursos de formación, becas, etc. Aquí estamos ante un tipo de acción positiva que puede encajarse dentro del marco de la proporcionalidad admisible en un tratamiento diferenciado. Ésta es la línea seguida por nuestro TC y que admitiría que las exageraciones de la Igualdad fueran también recortadas y todo ello desde un planteamiento deontológico por parte del Juez.

b) La *acción positiva* que supone, al conceder ventajas a un colectivo (sexo femenino) y desventajas para el otro. Por ejemplo, el establecimiento de cuotas a favor del sexo femenino 18, o de una preferencia a lo femenino en supuestos de igualdad de méritos. Estamos aquí ante la denominada discriminación inversa, y es aquí donde se presentan los mayores problemas para el Juez.

Surge así la Jurisprudencia "compensadora" en la que la línea argumentativa se acerca de forma enorme a los propósitos de la ley que se discute, pero también surge de forma paralela la duda de si los derechos de "los otros", en el presente ejemplo, los hombres, son respetados en igual medida¹⁶.

Por ello, al respecto no sabemos si lo que el Juez plantea cuando interpone una cuestión de inconstitucionalidad es una duda o una certeza sobre la inconstitucionalidad, o sea, cada Juez puede hacer frente a los designios del Parlamento, por lo menos, retrasar la aplicación de una Ley, ello como única solución deontológica que le cabe, la interpretativa ya casi no cuenta, sólo es argumentativa de una duda¹⁷. Realmente en los momentos actuales sigue siendo éste el procedimiento por el que muestra-cuando menos- su no voluntad de favorecer los designios de la Ley. De otra forma es evidente que no lo plantearía. Suscita todo tipo de dudas como se decía y por ello el recurso ha de ser limitado, el hecho de que un Juez plantee esa cuestión de inconstitucionalidad y el hecho posterior de sancionar cómodamente por sentencia judicial lo que la Ley impone, sin más. Pese a ello, es el funcionamiento de la Legislación de acción positiva como cualquier otra, sin distinguos.

6. La libertad de interpretación ante la Ley de acción positiva: equilibrio y compromiso en la objeción de conciencia del Juez

Está centrado el problema: si el esquema ha de ser el mismo, el Juez interpreta y aplica la norma, es evidente en que reside simplemente en la libertad o no o el grado de aquella que se le conceda para aplicar e interpretar la norma de acción positiva. Por tanto, es la propia norma la que puede acabar o no con el debate deontológico del Juez (cumplir la norma o hacer Justicia) y no su propia actuación propiamente dicha.

Y el análisis- si se quiere mantener el Sistema Jurídico actual- no podría ser otro respetando los parámetros e instituciones. Por ello, toda reflexión viene marcada por ese respeto al marco donde nos movemos y ello también limita las posibilidades de originalidad en el planteamiento respectivo. Ese respeto es precisamente el que origina el problema: si cambiará la figura del Juez- tantas veces idealizada por el Common Law- y fuera el Juez libre sin ataduras, no existiría el problema, pero

¹⁶ Gran trabajo el de Lorenzo Rodríguez-Armas, M. "La igualdad real y efectiva desde la perspectiva del género en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán y el tribunal constitucional español" en Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XL (2007) 181-194. En nuestro intento de cotejar siempre fuentes normativas actuales ver la Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de igualdad que hace De la Puebla Pinilla, A. en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* - Núm. 67, Marzo 2007.

¹⁷ Marc Carrillo ya lo planteaba en su artículo "la Aplicación judicial de la constitución" *Revista española de Derecho Constitucional*, número 71, mayo-agosto 2004, pp. 73 y ss.

tampoco está demostrado que el problema no existe haciendo del Juez un “funcionario del Ejecutivo”¹⁸. Ello es claro: el peligro del “gobierno de los jueces” y el peligro de los “jueces como delegados” de la Administración. No puede decirse que el problema haya variado mucho salvo en que la progresiva invasión en la interpretación de la Ley que viene haciendo el Legislador y ello, cambia la manera de enfocar el problema. Si la figura del Juez no cambia en su estatuto- concede o no derechos sociales o de igualación- y sí lo hace la Ley en el sentido de conducir a un resultado como efectivo, pues en sí nace con vocación real, los parámetros de resolución del problema- a nuestro juicio- no residen sino en la prudencia y moderación que el Juez haga al interpretar la norma. Como es la norma la que ha cambiado y ha dejado de ser una “previsión” para convertirse en “vocación” este tema es de primer orden deontológico y técnico, incide en los frentes por igual¹⁹. No se trata de disertar más sobre los argumentos y razonamientos para que la interpretación judicial sea acorde con la Ley, los criterios interpretativos parecen ser ya conocidos. Tendría que añadirse uno que sería el “criterio de resultado constitucional” que es lo que la Ley de acción positiva impone al Juez, mejor indicado, que deja más estrecho el margen por el que el Juez pueda apartarse de los designios concretos de la Ley, si se aparta incurre en sanción disciplinaria que puede conllevar su expulsión. Recientemente algún Juez ha sido apartado por sus posicionamientos ideológicos - ya no compartidos por formación política con verdaderas opciones a gobernar alguna por lo que a los programas electorales conocidos se refiere- sobre planteamientos ante el matrimonio homosexual, los progenitores homosexuales, sobre el divorcio... sobre otros temas sociales y aún así, se ha visto que el tema de fondo no es jurídico sino que reside en las ideas o creencias pues el debate no ha sido cerrado. No aceptar el objetivo al que la Ley de acción positiva de Igualdad se refiere es no aceptar la Ley en sí, ello es difícilmente sostenible con una aceptación general de la Igualdad como valor y principio de la Constitución sin que se concrete éste al menos ese es el argumento del positivismo oficial. Una lucha del Tribunal Constitucional durante todos estos años ha sido la concreción del planteamiento del Principio de Igualdad como algo necesario para cumplir su función.

Hay autores que han defendido la objeción de conciencia y la objeción de Legalidad, pero una vez solucionada la objeción de Legalidad no parece posible que se pueda aplicar la objeción de conciencia siempre respetando el orden jurídico actual y el tal análisis

¹⁸Priest, G. L. “The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules” en *The Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 1 (Jan., 1977), pp. 65-82, el papel del Juez es fundamental, a su juicio, pero esa libertad quizá no sea tal ocupando el lugar de la Ley la monolítica colección legislativa.

¹⁹ Summer, R. “Sobre la interpretación legislativa ideal”, *Isonomia*, número 6, Abril 1997, traducción del artículo de González Oropeza y Anderson. Toda la obra de Pérez-Luño, A. E. *Dimensiones de la Igualdad*. Madrid: Dykinson, 2007, es un intento por concretar el término Igualdad real con los utilizados en las leyes de acción positiva, solidaridad.

parece estar desideologizado sólo como diagnóstico jurídico en sí. Parecería que la objeción de conciencia fuere entonces un "problema" o disfunción para el Estado desde esta perspectiva del iuspositivismo estatal.

No se puede privar a ningún ciudadano- y al que ostenta la categoría o cargo de Juez tampoco- de un derecho fundamental, y ello como verdad diagnosticada también, pero al igual que el TC lo ha indicado sobre el derecho al honor de personaje con relevancia pública, tampoco ese derecho de objeción de conciencia del Juez parece ser el "normal" como no lo es para el médico, sostiene el positivismo estatal. El positivismo estatal es evidente que se inclina por el normativismo de objetivos que justifica las cortapisas y sanciones para el desarrollo del derecho de objeción de conciencia o deontológico.

Ante tantas verdades asimiladas y ciertamente compartidas de modo general ha de tomarse alguna medida como solución. A esa verdad se une que la Constitución indica que se han de remover los obstáculos para que la integración e igualdad sean reales y reales para todos los ciudadanos gays, grupos étnicos, mujeres, hombres, inmigrantes como verdades de las que entran a formar parte como cláusulas también que se quieren hacer firmar en el "contrato de integración" al inmigrante. Si se le hacen compartir los valores constitucionales y las leyes al inmigrante tiene que ser en su conjunto y no de forma parcial, en nuestro Sistema lo que es constitucional es legal como verdad indiscutida de los Juristas positivistas modernos, se cierra así el debate que permanece vivo gracias y entre otros, a la Filosofía del Derecho²⁰. Por tanto, si se ha indicado que el derecho de objeción de conciencia del Juez no es el "normal" por su posición, su planteamiento (no el de la objeción legislativa normal de la cuestión de inconstitucionalidad, art. 163 Constitución Española) conllevará unas consecuencias. Frente al intento de dejar el tema convertido en los "casos difíciles" (Dorwkin) lo cierto es que el Juez cada vez más y con mayor frecuencia trata con las leyes de acción positiva que nacen con problemas previos de objeción de conciencia (tema de la educación para la ciudadanía como asignatura, la libertad de las confesiones religiosas en los colegios...) que todavía no están- pero que presumiblemente van a estar- en su competencia de actuación: problemas sociales ante los que se tiene que posicionar. La toma de posición ideológica- no jurídica- es la que va a marcar su decisión, la no aplicación de la norma es su única arma, pero es evidente que el positivismo estatal vea en ello un obstáculo que hay que frenar como sea.

²⁰ Medida que llevaba en su programa electoral el Partido Popular ante la celebración de las Elecciones Generales del día 9 de Marzo de 2008 y que está en periodo de reflexión y confección legislativa en Reino Unido si bien con diferencias de tipo administrativo evidentes.

El esquema de la ley de acción positiva con todas sus garantías de comprobación y pruebas- por si en el análisis del trabajo se pudiere indicar que la Ley salga al mundo de la vigencia con todas sus garantías legales y técnicas adoptadas-coloca o sitúa al Juez ante una aplicación ideológica de la Ley quiera o no, pero el debate está reducido al existir una sanción si no aplica la Ley se reconduce a la voluntad estatal de su aplicación. Y ello naciendo la norma con la misma técnica legislativa que una Ley que no sea de acción positiva con sus mismos defectos y virtudes. El problema surge exclusivamente cuando su planteamiento es contrario al objetivo constitucional que la Ley le plantea y el intérprete cree que respeta el texto constitucional en la decisión adoptada también.

Por tanto, por muchos análisis que se puedan teorizar, la aplicación judicial de la Ley de acción positiva reside en la implicación ideológica que el Juez tenga con respecto a sus objetivos, de otra manera indicado: su actuación frena o potencia los logros de igualdad que la Ley pueda contener. Pero desde luego los derechos de los otros no es la prioridad de este tipo de Leyes que parten de la idea de la injusticia, si bien es cierto que por su propia esencia, el análisis de la realidad que realizan es parcial.

Y claro está, sitúa al Juez- a nuestro juicio- ante una responsabilidad mayor que la inicialmente pensada de suerte que para ejercer su trabajo el profesional judicial no piensa cotidianamente en ella. El Juez tiene la opción más normal ya que la Ley de acción positiva es constitucional-legal(argumento del positivismo estatal que se traduce en que es norma aprobada y que es justa o al menos proviene de la delegación que los ciudadanos hacen de la Justicia en su parlamento): *la de argumentar para no aplicarla*²¹. Único recurso ante la inaplicación

²¹ No obstante, Xiol Rios considera que la duda de constitucionalidad queda acreditada con la delimitación de la cuestión, sin necesidad de motivarla, no siendo este uno de los requisitos previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para que el juez pueda plantear la cuestión de inconstitucionalidad, "Un supuesto de inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad por deficiente motivación de la providencia de remisión (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de Italia de 13 de marzo de 1980, num. 27)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 1, 1981, pp. 284-286. Nosotros entendemos- entendiendo perfectamente lo que indica Xiol- que la argumentación y motivación mínima sí se requiere por el Juez discrepante. Lo viene a corroborar el propio Tribunal Constitucional, en este sentido, que ha declarado que el juicio de relevancia se ha previsto "en garantía de que su planteamiento [el de la cuestión] no desborde la función de control concreto de la constitucionalidad de las leyes en función de la cual se establecen" (SSTC 166/86/6, 221/92/1) o en otras palabras que para preservar la naturaleza concreta de la cuestión "responde la exigencia establecida en el art. 35.2 LOTC de que el órgano judicial especifique y justifique no sólo la aplicabilidad al caso que debe decidir de la norma legal de cuya constitucionalidad dude, sino también la dependencia del fallo que haya de dictar de la validez o invalidez de dicha norma" (STC 6/91/3). Así, en la STC 94/86/2, el Tribunal Constitucional dijo que el órgano judicial ha de poner de relieve de manera razonada "la correlación lógica y directa entre la eventual anulación de la norma legal cuya constitucionalidad se cuestiona y la satisfacción de las pretensiones objeto del petitum de las partes en el proceso a quo(...), pues en caso

que no conlleve sanción disciplinaria en teoría que le queda. El discurso racional del Juez viene orientado por cinco reglas tradicionales que debe tomar en consideración el operador jurídico y que en el contexto de la Ley de acción positiva se tornan problemáticas²²:

1.- Las reglas fundamentales, que son las necesarias para que la comunicación lingüística sea posible. Aquí incluye una serie de principios como el de no contradicción, el de unidad semántica o de significados, utilizados por los hablantes, o el de congruencia en las afirmaciones de cada uno de ellos. Conforman estas reglas el punto de partida obligado para que todo debate, diálogo o discusión sea realizable.

2.- Las reglas de razón: quien afirma algo, no sólo expresa lo que cree, sino que además da a entender que aquello en lo que cree, es lo verdadero y lo correcto. Las reglas de razón aluden a la admisión en el discurso de cualquier interlocutor, así como a la libertad de expresión de los mismos, que no puede verse cercenada por amenazas o coacciones de ningún tipo.

3.- Reglas sobre la carga de argumentación: quien pretende tratar a una persona de modo distinto que a otra, debe dar una razón para ello. Se trata, en resumidas cuentas, de plasmar el principio de igualdad de trato entre todos los hablantes, sin que en ningún supuesto se produzca discriminación injustificada.

4.- Reglas de fundamentación. Bajo esta denominación se engloba el definido como principio de generalizabilidad, asumiendo Alexy las tres concepciones predominantes en este contexto: la de Hare (para quien toda persona debe estar de acuerdo con las consecuencias de las reglas afirmadas o presupuestas por él para cualquier otro), la de Habermas (que nos dice que cada uno debe poder estar de acuerdo con cada regla), y la de Baier (que defiende que toda regla debe poder enseñarse de modo abierto y general).

5.- Reglas de transición. Garantizan el tránsito a otras formas de discurso. Por ejemplo: un discurso sobre el análisis del lenguaje.

contrario sería imposible determinar si la cuestión planteada se ajusta a sus límites constitucionales. En otro caso, el planteamiento de la cuestión no estaría condicionado por la norma, y de ahí que el art. 35.2 de la LOTC exija del órgano que formula la duda que especifique y justifique "en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión", requisito éste que condiciona la admisión a trámite del proceso de inconstitucionalidad, como el art. 37.1 de la LOTC dispone".

²² Martínez Martínez, F. "Teorías de la argumentación jurídica: una visión retrospectiva de tres autores", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 8, 2004/2005, pp. 273-296. Trata de la argumentación jurídica clásica en los padres proponentes de la misma, Theodor Viehweg, Chaim Perelman y Robert Alexy.

En el discurso jurídico de las leyes positivas de acción y en la argumentación no se pueden aplicar estas reglas: el fundamento viene dado en la norma, parece que al Juez sólo le queda objetar ante ella, no razonar o hacerlo someramente ante ella, pero entendemos que el Juez deontológicamente está obligado a plantear un buen escrito de inconstitucionalidad. Debemos preguntarnos como juristas reales y que discuten en un ámbito de consenso sobre verdades científicas que se comparten como estructurales si podemos vaciar de contenido a un sujeto de derechos (el Juez ciudadano como otro) de un derecho como es el de objeción de conciencia. Algún filósofo del Derecho y con razón se ha preguntado si no cabe objetar por parte del Juez ante una Ley no se comprende ante lo que se puede objetar: el derecho queda vacío de contenido en esa tesitura. La objeción de conciencia nace ante la Ley que se entiende injusta. En el origen del derecho está incluido como esencial el posicionamiento contrario a una Ley, contrario, evidentemente, no se puede objetar contra lo que se coincide. En este caso, el análisis que estamos viendo es que de llevar el vaciamiento del derecho de la objeción de conciencia del Juez a sus máximos extremos, volvemos al pasado, la Juez “vocero de la Ley” que tanto han criticado los contrarios al positivismo y al normativismo más puro, pero lo cierto es que el Juez se encuentra en un papel delicado ante una Ley que encuentra que no es constitucional o que es contraria a sus creencias más enraizadas acerca de la suspensión o no de la aplicación de la Ley cuando está planteada la cuestión de inconstitucionalidad, materia ésta que se creía ya superada y reavivada con el incremento de las Leyes de acción positiva²³. Como ponía de manifiesto, en su momento,

²³ Asunto distinto es el que plantea parte de la doctrina respecto a la posibilidad de que el juez pueda acordar la suspensión del proceso sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando se haya planteado previamente una cuestión sobre la misma norma y en base a idénticos motivos por los que el juez considera que la norma es contraria a la Constitución. Sobre esta cuestión, en Italia existen posiciones contradictorias sobre la actuación del órgano judicial. Por una parte, P. Calamandrei y G. Azzariti sostenían que planteada una cuestión de inconstitucionalidad, el resto de jueces que deban aplicar la norma cuestionada tendrán que suspender el proceso en espera de la decisión de la Corte Constitucional, sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad, el primero en “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, p.41; y el segundo en “Discorso del Presidente Azzariti nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1957, p. 881. Contraria a esta posición M. D’amico defiende que no es posible que cuando un juez tenga conocimiento de que se está tramitando una cuestión de inconstitucionalidad respecto a una norma que él debe aplicar, y que también considera que puede ser contraria a la Constitución, se limite a suspender el proceso sin plantear la cuestión, sino que es necesario que acuerde su planteamiento, “Sospensione del processo e questione di costituzionalità pendente”, *Rivista di Diritto Civile*, 1988, pp. 75-98. En el mismo sentido R. Romboli considera que si el juez se limitase a suspender el proceso se lesionarían los intereses de las partes del mismo porque no podrían intervenir en el proceso constitucional, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Giuffrè editore, Milano, 1985, p. 93; E. Catelani si bien en un principio mantenía una posición contraria a la suspensión sin remisión de la cuestión, con posterioridad admite que en determinados supuestos cabe esa posibilidad, “L’ordinanza di rimessione del giudice a quo nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale”, *Foro Italiano*, 1997, p. 206; “Il ruolo del giudice a quo e dell’ordinanza di rimessione nella determinazione del

Calamandrei dijo que la cuestión de inconstitucionalidad es un supuesto de suspensión necesaria, puesto que el juez es el portero que abre la puerta de la cuestión planteándola ante la Corte Constitucional, pero una vez abierta, el proceso principal se detiene, y el juez ya no puede cerrar la puerta, por lo que para continuar la tramitación del proceso debe esperar a que la Corte Constitucional finalice el proceso

contraddittorio nel giudizio incidentale”, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, G. Giappichelli editore, Torino, 1998, pp. 117-123. En España, F. Tomás y Vallente sostiene que si existiese en el ordenamiento alguna norma que permitiese a los órganos judiciales, una vez conocida la admisión de una cuestión de inconstitucionalidad y siempre que se diese una identidad de elementos entre ambos procesos, suspender la tramitación de los procesos que estén conociendo sin plantear la cuestión no se produciría la acumulación de cuestiones con el mismo objeto, acumulación que, en su opinión, resulta inútil, siendo preferible una sentencia extensiva a las cuestiones idénticas, “Discurso pronunciado en el Tribunal Constitucional el 1 de octubre de 1986”, *Escritos desde y sobre el Tribunal Constitucional*, CEC, Madrid, 1993, p. 216. Asimismo, E. Corzo Sosa opina que si bien actualmente, dada la poca e insuficiente información contenida en la providencia que admite a trámite la cuestión, el juez que ha de aplicar la misma norma ya cuestionada se encuentra obligado a plantear la cuestión porque no puede saber si existe una coincidencia entre el proceso que él está conociendo y aquél en que se ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad, lo correcto sería que en la providencia debiera darse cuenta de la relevancia de la cuestión, o bien publicar junto con ella el auto de planteamiento, permitiendo así que otros jueces suspendiesen el proceso sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad, siendo conveniente que cuando el juez suspenda lo comunique al Tribunal Constitucional para que éste una vez que haya dictado sentencia se la notifique, *La cuestión de inconstitucionalidad*, CEPC, Madrid, 1998, pp. 486, 491-493. Por el contrario, J. Jiménez Campo considera que no es posible la suspensión del proceso sin plantear la cuestión con fundamento en que ya se haya suscitado una cuestión de inconstitucionalidad sobre la misma norma que se pretende cuestionar, y ello porque lo impide tanto la dicción del art. 163 Constitución Española, como el sentido del trámite de admisión previsto en el art. 37.1 LOTC que obliga a que el Tribunal Constitucional examine la relevancia de la cuestión planteada, “Los procedimientos de inconstitucionalidad”, *Los procesos constitucionales. Segundo simposio de Derecho constitucional*, Cuadernos y debates, num. 41, CEC, Madrid, 1992, p. 26; “El control de constitucionalidad de la ley en el derecho español” *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 79; “La declaración de inconstitucionalidad de la ley”, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 113. Por su parte, el Tribunal Constitucional en la STC 141/88/3, frente a la objeción del Fiscal General del Estado de que “estando pendiente otra cuestión de inconstitucionalidad en relación con el mismo precepto, debió aguardarse al resultado de ésta”, declara que “desde el punto de vista constitucional, nada impide que el juzgador plantee una nueva cuestión ante el Tribunal Constitucional sobre una materia objeto de una cuestión anterior en distinto proceso, si se ve compelido a ello por la imposibilidad de aplicar una norma de rango legal sobre cuya constitucionalidad duda y, al mismo tiempo, de suspender el proceso si la ley no le autoriza para ello”. Posteriormente, en la STC 183/92/2, el Tribunal Constitucional reconoce que aunque se haya planteado un anterior recurso o cuestión sobre el mismo precepto, si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de esa norma debe plantear la cuestión, sin perjuicio de que esa pudiese no ser la única solución posible, y que conlleve el riesgo de que se acumulen cuestiones de inconstitucionalidad superfluas. Por tanto, si bien el Tribunal reconoce que es posible que existan otras soluciones, entre las que quizás podría estar la de suspender sin plantear, finaliza reconociendo que si el juez “tiene dudas o incluso si las mismas derivan de la propia existencia del recurso -o el anterior planteamiento de otra cuestión-, tendrá que plantear la cuestión de inconstitucionalidad”.

constitucional²⁴. La realidad no es tan fácil pues el ejercicio de su derecho constitucional "institucionalizado" (la objeción de conciencia del Juez es la cuestión de inconstitucionalidad, pero resuelta ésta, ya no permanece(?) se suele ver como freno u obstáculo de quien no debe "permitirse el discrepar de norma alguna").

La vuelta a los orígenes de un Sistema que se tomó como más retrasado e involucionado que los otros, no puede ser tomada como dato positivo alguno. Durante décadas se criticó la postura "administrativa" de los Tribunales en España y por parte de los propios colectivos judiciales surgió con fuerza un movimiento de interpretación libre de las normas jurídicas reivindicando la libertad del Juez en el momento de la interpretación del Derecho. Ello nos hacía parecernos más al sistema anglosajón y ser más modernos. Pasada la época de la inferioridad y de que cualquier teoría por el mero hecho de ser extranjera era la mejor, los problemas sitúan en todos los países de la Unión Europea ante los mismos retos.

Observamos, pues, una paradoja que sucede ante el incremento indiscutible- cada vez mayor a medida de que toman cuerpo constitucional- de las leyes de discriminación positiva u otorgantes de derechos sociales ya que nacen con esa pretensión. Esa paradoja es que ese avance social general se traduce en una situación desde el punto de vista estructural de una vuelta a la concepción judicial del Antiguo Régimen y del más rancio sistema romano-francés: el papel del Juez se limita a aplicar una norma ante el temor de la sanción es la más fiel representación del positivismo estatal que se instauró en el sistema napoleónico. Entonces realmente los avances que el propio Sistema ha dotado para garantizar la libertad del Juez pueden quedar en saco roto. Como es defendible que existan leyes de acción positiva prácticamente en todo el panorama político en la programación electoral, tampoco se limitaría el problema a no aprobar Leyes de este tipo. En cierta manera, predicar la no aprobación (que no salgan adelante) muchas leyes de acción positiva nos lleva al antiguo Sistema también, el Legislador no se marca el resultado constitucional como preferente sino sólo como posible. Y así vemos, pues, que ante un argumento fundamentado se erige otro también igualmente fundamentado y que no podemos rebatir con una simple negativa. Predicar la desaparición de las Leyes de acción positiva- con los problemas jurídicos que originan innegables- sería reconocer que ya no hacen falta porque existe verdadera igualdad o la vuelta a un sistema de "gobierno de jueces" en los que la Ley será una mera guía de previsibilidad algo que no es compatible con nuestro Sistema y que lo reforma por completo. Por ello, se ha de volver a que el problema reside en la prudencia y el buen tino del Juez para aplicar la Ley lo que exige una formación deontológica del mismo,

²⁴ Calamandrei, P. "La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil. Carta dedicatoria al Profesor Enrico Redenti", en *Estudios sobre el proceso civil, Derecho Procesal Civil, III*, Ediciones Jurídicas. Buenos Aires: Europa-América, 1962, p. 23.

nunca como ahora su decisión debe ser más que legal- que se le presupone en su fundamentación- constitucional en su resultado.

Como existe una nueva forma de crear Derecho ahora más que nunca cual es la Jurisprudencia constitucional, el Juez ha de aplicar esa norma en el sentido que marca el resultado constitucional. Pero todo esto choca con un derecho personal del Juez en su conciencia cuando la norma nace de un juicio de fondo que el Juez no comparte por sus valores, por su indudable ideología. La fuerza al ejercer su derecho- que no es tal sino manifestación de su libertad- resulta que es enorme y se transforma en un problema: el Sistema tiene miedo ante la generalización del problema, entonces le conviene predicar el inmovilismo como hace el positivismo estatal. La generalización de ese ejercicio del derecho de objeción de conciencia ante una Ley de obligado cumplimiento- en este caso de acción positiva- generalmente se ha venido solucionando con la sanción al ejerciente. El problema es otro cuando el conflicto se generaliza: entonces Legislativo y Judicial no están en el mismo bando, lo que sí ocurre cuando o no existen movimientos contrarios en los Jueces o cuando éstos son realmente anecdóticos.