

Fortalecimento do Sistema de Escolas Judiciais no Brasil

Uma Experiência de Cooperação Internacional para
o Desenvolvimento da Escola Nacional de Formação e
Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT)

Carolina Fortes Pagani e Rosario Boned Abad (org.)



editora
IABS

FORTALECIMENTO DO SISTEMA DE ESCOLAS JUDICIAIS NO BRASIL

**Uma Experiência de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento da
Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho
(ENAMAT)**

Carolina Fortes Pagani e Rosario Boned Abad
(Organizadoras)

FORTALECIMENTO DO SISTEMA DE ESCOLAS JUDICIAIS NO BRASIL

**Uma Experiência de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento da
Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho
(ENAMAT)**

Brasília, 2011



Ficha Catalográfica

Fortalecimento do Sistema de Escolas Judiciais no Brasil

Fortalecimento do Sistema de Escolas Judiciais no Brasil. Carolina Fortes Pagani e Rosário Boned Abad (orgs.) – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT). Editora IABS : Brasília-DF, 2011.

144p. 22cm

ISBN 978-85-64478-01-5

1. Direito do trabalho. Direito social. I. Editora IABS. II. Título.

CDU 348.6

SUMÁRIO

Prólogo	7
Apresentação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT)	10
Apresentação da Agência Brasileira de Cooperação (ABC)	13
O Projeto de Cooperação Técnica para o Desenvolvimento Institucional da Enamat	15
1. Descrição do Projeto	16
2. Contexto de atuação	16
3. Lógica de intervenção estabelecida	17
4. Duração	18
5. Beneficiários e atores sociais envolvidos no projeto	18
6. Orçamento do projeto	18
7. Atividades realizadas e resultados alcançados	19
8. Lições aprendidas	25
9. Aprendizados e considerações finais	31
Conferências inaugurais de Magistrados espanhóis nos Cursos de Formação Inicial (CFI) da ENAMAT	35
As Novas Teorias da Argumentação Jurídica e a Efetividade Judicial. D ^a Maria José Hernández Vitoria (III Curso de Formação Inicial, 04 de abril de 2007)	37
Princípio da igualdade e direito a não ser discriminado nas relações de trabalho. D. José Fernando Lousada Arochena (IV Curso de Formação Inicial, 11 de fevereiro de 2008)	63

As prerrogativas da Magistratura e a Conduta Ética do magistrado Espanhol. D. Miguel Pasqual del Riquelme Herrero (VI Curso de Formação Inicial, 03 de novembro de 2008) 85

Soluções do Direito Coletivo Espanhol para Garantir o Emprego frente à Crise Financeira Global. D. José Pablo Aramendi Sánchez (VII Curso de Formação Inicial, 04 de maio de 2009) 99

A Repercussão dos Direitos e Deveres Fundamentais nas Decisões Judiciais. D. Andrés Javier Gutiérrez Gil (VIII Curso de Formação Inicial, 28 de setembro de 2009) 119

ANEXOS

Anexo 1 – Quadro resumo dos Cursos de Formação Inicial realizados 139

Anexo 2 – Quadro de Participantes por TRT de origem 140

Anexo 3 – Quadro da participação de representantes da ENAMAT em eventos de aprofundamento e intercâmbio de conhecimento realizados na Espanha 141

Anexo 4 – Conteúdo contemplado nos Cursos de Formação Inicial- CFI 141

Anexo 5 – Relação de pessoas e autoridades que participaram do processo de sistematização do projeto 144

Anexo 6 – Bibliografia 144

PRÓLOGO

A Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento (AECID) é uma entidade de direito público vinculada ao Ministério de Assuntos Exteriores e de Cooperação por meio da Secretaria de Estado de Cooperação Internacional (SECI). Segundo estabelece a Lei nº 23/1998 de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento, a AECID é o órgão de gestão da política espanhola de cooperação internacional para o desenvolvimento, e seu objeto é o fomento, a gestão e a execução de políticas públicas de cooperação, dirigidas a combater a pobreza e conseguir um desenvolvimento humano sustentável nos países em desenvolvimento.

O Plano Diretor da Cooperação Espanhola 2009-2012 estabelece as prioridades setoriais no trabalho da AECID, dentre as quais se destaca a “Governabilidade Democrática”. Seu objetivo principal é promover a qualidade da democracia e o respeito aos direitos fundamentais, com a participação real e efetiva da cidadania, o exercício dos direitos humanos e a capacidade para promover o desenvolvimento.

A Cooperação Espanhola considera como um valor universal o direito dos povos a determinar o seu próprio sistema político, econômico, social e cultural. A Governabilidade Democrática é baseada no direito dos indivíduos de escolher o seu caminho para o desenvolvimento sustentável e incide não só sobre o desempenho das instituições, mas também na fraca legitimidade que estas têm se não garantem o acesso a certos serviços básicos, o reconhecimento de direitos e a igualdade de gênero.

Uma das metas desse setor diz respeito ao fortalecimento da segurança pública, ao acesso à justiça e à promoção dos direitos humanos, prestando especial atenção aos povos indígenas e aos direitos das mulheres. Para atingir este objetivo, as linhas de atuação são:

- Promover o acesso à justiça para as pessoas carentes, proporcionando mais recursos para o reforço de figuras jurídicas similares ao defensor público, gratuito para a comunidade.
- Incentivar as instituições públicas de segurança jurídica e econômica, com um enfoque de gênero.
- Fortalecer as instituições públicas que garantam a segurança cidadã e a prevenção da criminalidade.

O setor da justiça tem ocupado um lugar destacado nos últimos anos entre as atividades de cooperação entre a Espanha e o Brasil. O Projeto de Desenvolvimento Institucional da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) é um claro exemplo disso. Várias ações foram executadas contribuindo no processo de modernização da Justiça do Trabalho do Brasil e no reconhecimento da necessidade da justiça alcançar o maior número de cidadãos, de ser mais integrada à realidade local e independente, sem ligar-se a interesses locais. Esses fatores justificam um apoio para a melhoria da formação dos magistrados, buscando a integração institucional do sistema e sua eficácia, de modo que a Justiça do Trabalho seja mais rápida, ética e justa.

Para a execução deste projeto de cooperação técnica, a AECID firmou com o Tribunal Superior do Trabalho (TST) uma parceria por meio de um acordo de cooperação com a ENAMAT, voltado ao fortalecimento institucional e à consolidação da Escola como entidade nacional de ensino dos magistrados do trabalho. Ambas as instituições foram fundamentais para alcançar o êxito do projeto. Outrossim, sua realização está amparada na Ata da IV Comissão Mista de Cooperação Hispano-Brasileira, firmada em Brasília em 2008.

Para agilizar a realização das atividades, foi também fundamental a parceria com o Instituto para o Fortalecimento das Capacidades Institucionais (IFCI), organização privada sem fins lucrativos voltada à execução de projetos de cooperação na área da governabilidade democrática no Brasil.

Para as ações de intercâmbio de experiências e conhecimentos, contou-se com a inestimável colaboração de instituições espanholas no campo judicial: o Ministério da Justiça, o Conselho Geral do Poder Judicial e sua Escola Judicial. Destes órgãos, ilustres magistrados deslocaram-se até Brasília para compartilhar seus conhecimentos e melhores práticas. Magistrados brasileiros participaram

em cursos de formação para juízes da ibero-américa e em missões técnicas na Espanha. Vale mencionar, neste sentido, a ativa participação de magistrados brasileiros no âmbito da Aula Ibero-americana, programa de formação de juízes organizado pelo Conselho Geral do Poder Judicial da Espanha, e que conta com o apoio da AECID.

Diversos temas foram tratados e discutidos ao longo desses quase quatro anos de parceria, nas áreas de gestão de escolas judiciais, na formação de juízes ou em matérias tão atuais, como a proteção do emprego no mundo globalizado como forma de garantir o trabalho em tempos de crise econômica. Temos a certeza de que este rico intercâmbio tem servido, não só para estreitar os nossos fortes laços de amizade e solidariedade, mas também para consolidar o importantíssimo papel da ENAMAT na formação de magistrados do trabalho no Brasil.

Queremos agradecer a todos os parceiros, especialmente à Agência Brasileira de Cooperação, à direção da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, pela oportunidade de trabalharmos juntos em benefício da modernização da justiça brasileira. Agradecemos, também, a todos os atores de instituições espanholas envolvidas no projeto, sem os quais o nosso trabalho seria incompleto.

D. Carlos Alonso Zaldívar
Embaixador da Espanha no Brasil



APRESENTAÇÃO DA ENAMAT

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), criada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, foi implantada, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da Resolução Administrativa nº 1.140 do Tribunal Pleno, de 1º de junho de 2006.

É integrada por um diretor e um vice-diretor, ambos ministros do TST, e por um Conselho Consultivo, composto por três ministros do TST, dois desembargadores de Tribunais Regionais e um juiz titular de Vara do Trabalho.

A ENAMAT tem como objetivo promover a seleção, a formação e o aperfeiçoamento dos magistrados do trabalho, que necessitam de qualificação profissional específica e atualização contínua, dada a relevância da função estatal que exercem.

Para tanto, a Escola promove as seguintes atividades básicas:

- 1) Cursos de formação inicial presencial, em sua sede, em Brasília, dirigidos aos juízes do trabalho substitutos recém-empossados;
- 2) Cursos de formação continuada, sob a forma de aulas, seminários e colóquios jurídicos, presenciais ou a distância, dirigidos a todos os magistrados trabalhistas em exercício, de qualquer grau de jurisdição;
- 3) Cursos para formadores, dirigidos a juízes-formadores das escolas regionais, para a qualificação de instrutores;
- 4) Outros eventos de estudo e pesquisa, possibilitando a participação de magistrados para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional diretamente ou por convênios com instituições nacionais ou estrangeiras; e
- 5) Coordenação nacional das atividades de formação promovidas pelas escolas regionais voltadas à qualificação do magistrado.

Com isso, a ENAMAT deve alcançar a capacitação judicial e atualização dos magistrados, contribuindo para uma melhor qualidade na prestação jurisdicional.

Dentre as principais realizações institucionais da Escola, cabe destacar:

- Atuação concreta em todas as áreas de formação profissional do magistrado do trabalho, com a realização de nove Cursos de Formação Inicial (para juízes vitaliciandos), cinco Cursos de Formação Continuada (para juízes vitalícios) e cinco Cursos de Formação de Formadores (para instrutores das Escolas Regionais);
- Formação e aperfeiçoamento de 1.112 magistrados;
- Regulamentação dos Módulos Regionais de Formação Inicial (Resolução ENAMAT nº 01/2008), com o objetivo de permitir a sintonia plena com o módulo nacional e definir parâmetros mínimos para a coerência entre os módulos nas diversas regiões, além de garantir espaço para as peculiaridades da formação regional, por suas especificidades, respeitando a autonomia dos tribunais;
- Elaboração do Programa Nacional de Formação Inicial de Magistrados do Trabalho e do Programa Nacional de Formação Continuada de Magistrados do Trabalho, para estabelecer a integração orgânica entre os módulos nacionais e os módulos regionais dentro da mesma matriz principiológica, didática e pedagógica para o desenvolvimento de competências profissionais específicas para o juiz do trabalho;
- Promoção ativa da criação e do fortalecimento do Sistema Integrado de Formação de Magistrados do Trabalho, tendo alcançado a marca histórica de garantir a implantação das escolas judiciais em todas as 5 regiões do Brasil, introduzindo a continuidade e a sistemática da formação profissional, com reuniões periódicas;
- Celebração de convênios com entidades nacionais, e especialmente escolas de magistratura internacionais, para a troca de experiências e a reflexão conjunta em torno dos desafios da preparação dos juízes. Isso, para permitir o aprendizado com a prática internacional consolidada, ao mesmo tempo em que abre espaço para a construção de modelos de formação próprios para as peculiaridades da realidade do juiz brasileiro;

- Elaboração do Planejamento Estratégico 2010 a 2014;
- Implantação de ação orçamentária própria para apoio às escolas judiciais trabalhistas;
- Atualização e consolidação das Resoluções Administrativas nºs 1.140 e 1.158, ambas de 2006, que tratam da criação e do estatuto da ENAMAT, respectivamente;
- Regulamentação para contratação e pagamento dos instrutores da ENAMAT (e das escolas judiciais); e
- Desenvolvimento e implantação exitosa de modelos didático-pedagógicos específicos para a formação profissional do magistrado adaptados à realidade do juiz brasileiro.

Com isso, a ENAMAT pretende introduzir a integração sistêmica e completa entre teoria e prática profissional, com saberes próprios da atividade do juiz e moldada nos seus processos de trabalho concretos (relacionamento com a sociedade e a mídia, técnica de execução, técnica de conciliação, administração de pessoas e bens em varas, psicologia judiciária aplicada, etc.); além de assegurar o pleno respeito à liberdade de convencimento do aluno-juiz com sistema de avaliação reconhecido internacionalmente, como garantia do próprio Estado de Direito e apresentar técnicas de ensino inéditas para os juízes em uma Escola Nacional (laboratórios judiciais, simulação de atos processuais, treinamento de entrevista para imprensa, estágios em órgãos públicos, etc.).

Por fim, a ENAMAT tem dedicado grande parte de seus esforços para a formação de magistrados por meio da educação a distância, privilegiando a aprendizagem colaborativa, e a interação entre juízes das mais variadas regiões do país. No segundo semestre de 2010, mais de novecentos juízes estão sendo aperfeiçoados em curso de administração de Varas do Trabalho, e as escolas regionais receberão conteúdo pronto para oferecerem o mesmo curso a juízes que não tenham sido contemplados com essa formação.

Nesse sentido, o convênio celebrado com a AECID tornou-se instrumento valioso para o processo de consolidação das atividades formativas da ENAMAT.

APRESENTAÇÃO DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE COOPERAÇÃO (ABC)

A Agência Brasileira de Cooperação, integrante da estrutura do Ministério das Relações Exteriores (MRE), tem como atribuição coordenar, implementar e acompanhar os programas e projetos brasileiros de cooperação técnica, executados com base nos acordos firmados pelo Brasil com outros países e organismos internacionais.

Para desempenhar sua missão, a ABC se orienta pela política externa do MRE e pelas prioridades nacionais de desenvolvimento, definidas nos planos e programas setoriais de Governo. As ações de cooperação realizadas por outros países no Brasil são acompanhadas pela Coordenação Geral de Cooperação Técnica Recebida Bilateral (CGRB), que integra sua estrutura organizacional.

Em 1996, a ABC foi integrada à Secretaria-Geral do Ministério das Relações Exteriores, por meio do Decreto nº 2.070/96, passando a constituir-se em órgão da Administração Direta, com a finalidade de coordenar, negociar, aprovar, acompanhar e avaliar, em âmbito nacional, a cooperação para o desenvolvimento em todas as áreas do conhecimento, recebida de outros países e organismos internacionais e entre o Brasil e países em desenvolvimento.

A cooperação técnica internacional constitui importante instrumento de desenvolvimento, auxiliando um país a promover mudanças estruturais nos seus sistemas produtivos, como forma de superar restrições que tolhem seu natural crescimento. Os programas implementados sob sua égide permitem transferir conhecimentos, experiências de sucesso e sofisticados equipamentos, contribuindo assim para capacitar recursos humanos e fortalecer instituições do país receptor, a possibilitar-lhe salto qualitativo de caráter duradouro.

1. O Brasil e a Cooperação Técnica Internacional

O Brasil vem trabalhando em parceria com países amigos e organismos internacionais há cerca de quatro décadas. Os projetos de cooperação técnica vêm produzindo benefícios em importantes setores como transportes, energia, mineração, meio ambiente, agricultura, educação e saúde, o que permitiu construir instituições mais sólidas, aptas a desempenhar suas funções em nível superior de excelência.

O conceito de “parceria para o desenvolvimento”, adotado pelo Brasil, consolida a ideia de a relação de cooperação acarretar, a ambos os lados, compartilhar esforços e benefícios. As iniciativas propostas são avaliadas à luz do impacto e do alcance sobre as comunidades receptoras. Esse procedimento implica aprimorar mecanismos de negociação, avaliação e gestão dos projetos, a fim de enquadrá-los às prioridades nacionais.

A *cooperação técnica internacional* desperta grande interesse num amplo segmento da sociedade, incluindo setores governamentais, ONGs e o público em geral, por possibilitar um acesso mais ágil a tecnologias, conhecimentos, informações e capacitação. O papel da ABC é de coordenadora e responsável pelos programa e projetos, além de representante oficial do Governo nas ações de cooperação técnica.

2. Vertentes da Cooperação Técnica Internacional

A cooperação técnica no Brasil é desenvolvida segundo duas vertentes: a cooperação horizontal e a cooperação recebida do exterior.

A **cooperação horizontal** refere-se à cooperação técnica implementada pelo Brasil com outros países em desenvolvimento, por meio da qual é promovido o adensamento de suas relações e o estreitamento dos seus laços políticos e econômicos.

A **cooperação recebida do exterior** abrange a cooperações técnicas bilateral e multilateral, e busca a internalização de conhecimentos técnicos disponibilizados por organismos internacionais (cooperação multilateral) e por países mais desenvolvidos (cooperação bilateral), dentro da ótica de aceleração do processo de desenvolvimento nacional.

O PROJETO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA PARA O DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL DA ENAMAT

Pela existência do setor prioritário da Governabilidade Democrática na Cooperação Espanhola e em função da reconhecida experiência espanhola no campo judicial, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) brasileiro solicitou à AECID apoio técnico ao desenvolvimento institucional da ENAMAT. Para o estabelecimento do Protocolo de Intenções, viabilizando a cooperação técnica pretendida, foram realizadas duas reuniões com a presença de representantes da ABC, da AECID, do TST e da ENAMAT.

Essa oportunidade de cooperação técnica insere-se no marco dos Acordos entre os governos da Espanha e do Brasil como o Convênio Básico de Cooperação Técnica, Científica e Tecnológica (1989), o Tratado Geral de Cooperação e Amizade (1992) e pela Declaração de Brasília para a Consolidação do Plano de Associação Estratégica entre Espanha e Brasil de 2005. Igualmente, o projeto foi recolhido na IV Comissão Mista Hispano-Brasileira de Cooperação, assinado em 2008.

A elaboração do projeto Desenvolvimento Institucional da ENAMAT ocorreu com a assessoria técnica à Escola, em abril de 2007, do magistrado espanhol do Juizado Social de Zaragoza, Manuel Bellido Aspas. Conforme o Protocolo de Intenções assinado entre a AECID e o TST, em setembro de 2006, este ficou responsável pela execução, monitoramento, avaliação processual e ajustes necessários ao projeto. A AECID teve como responsabilidades a coordenação, pelo lado espanhol, o acompanhamento das fases do projeto e por sua avaliação final.

1. Descrição do projeto

O projeto teve como objetivo apoiar o processo de instalação e de fortalecimento do desenvolvimento institucional da ENAMAT. Sua execução ocorreu por meio de missões técnicas cumpridas por magistrados especialistas em justiça do trabalho dos dois países, através de visitas, cursos, participação em cursos de formação, colóquios, intercâmbio de documentação e outras experiências relativas à formação judicial. A iniciativa atendeu a um dos eixos de atuação prioritária da AECID – “Governabilidade democrática, participação cidadã e fortalecimento institucional” – considerado como temática estratégica para o Governo brasileiro.

2. Contexto de atuação

Conforme explicitado no Documento de Formulação de Projetos (PRODOC), na estrutura do sistema judiciário brasileiro vem ocorrendo expressivo acúmulo de processos em tribunais superiores, resultando em demora na resolução das causas. O fato tem origem na permissão para que sejam impetrados recursos das decisões de um juiz de primeira instância, o que pode levar os processos até as maiores instâncias nacionais. Na área da justiça do trabalho, esta situação tem trazido consequências negativas para a relação trabalhador/empregador, com impacto negativo para o dinamismo econômico e para o cumprimento dos direitos do empregado.

Desta forma, os grandes desafios da justiça trabalhista brasileira têm sido a presença de grande contingente da força de trabalho brasileira em situação de informalidade ou de trabalho precarizado, bem como a ocorrência de trabalho escravo, de assédio sexual e moral, dentre outras. A morosidade no atendimento das demandas dos trabalhadores tem como consequência maior a perda na confiança das instituições do Estado brasileiro, o que pode levar a problemas para a “manutenção do Estado Democrático de Direito”.

O PRODOC ainda ressalta que um “outro elemento que se deve considerar é que a justiça era, até há pouco tempo, um poder que se havia mantido ileso das denúncias de corrupção que têm assomado o Legislativo e o Executivo. Entretanto, ultimamente, a denúncia do envolvimento de magistrados em desvios de fundos públicos vem preocupando a grande parte dos integrantes deste meio,

gerando movimentos e ações em prol da formação ética dos profissionais de justiça. Esses elementos justificam a melhor formação de magistrados, buscando assim a integração institucional deste sistema, e a sua efetividade, para que a justiça trabalhista seja mais célere, ética e justa”.

Na ENAMAT, as dificuldades identificadas eram: modelo metodológico para os cursos de formação inicial, formação continuada e de formação de formadores com propostas didático-pedagógicas preliminares; estrutura de gestão administrativa incipiente; reduzido quadro de pessoal administrativo; não existência de equipe técnica na área didático-pedagógica; insuficiente conhecimento para a gestão do empreendimento; instalações da Escola em estágio inicial.

3. Lógica de intervenção estabelecida

O escopo do projeto contemplou todas as atividades de capacitação da ENAMAT, pesquisa, gestão administrativa, além das de fortalecimento de sua equipe.

A estratégia de intervenção proposta considerou os seguintes níveis de alcance:

Objetivo Geral

Modernizar a justiça do trabalho no Brasil, respondendo às demandas sociais com mais celeridade e qualidade

Objetivo Específico

Apoiar o Tribunal Superior do Trabalho do Brasil na institucionalização da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT)

Resultados Esperados

R1. Divulgar as atividades do projeto junto ao sistema judicial brasileiro

R2. Desenvolver os modelos de gestão administrativa de escolas de magistratura do trabalho, de capacitação de seus quadros e intercâmbio de práticas administrativas

R3. Desenvolver atividades de apoio para a implementação de modelos de seleção de âmbito nacional para a magistratura do trabalho
R4. Apoiar o desenvolvimento e implantação de cursos de Formação Inicial para Magistrados do Trabalho, em níveis nacional e regional, para o desenvolvimento de habilidades destinadas ao exercício da profissão
R5. Apoiar a criação e o desenvolvimento de cursos de Formação Continuada para Magistrados, em níveis nacional e regional, para a qualificação e o aperfeiçoamento permanentes na carreira, inclusive mediante debates e estudos nacional e internacional
R6. Apoiar o desenvolvimento de cursos de Formação para Formadores de Magistrados do Trabalho

4. Duração

O período total de execução do projeto foi de 2 anos e 5 meses. Seu início ocorreu em abril de 2007 e o encerramento em setembro de 2009.

5. Beneficiários e atores sociais envolvidos no projeto

- Beneficiários diretos: membros da Diretoria, Conselho Consultivo e equipe administrativa da ENAMAT, bem como seus alunos-juizes;
- Beneficiários indiretos: cidadãos brasileiros que recorrem ao sistema judicial na busca da garantia dos seus direitos laborais;
- Instituições espanholas envolvidas: AECID, Ministerio de Justicia, Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) e sua Escuela Judicial;
- Instituições brasileiras envolvidas: ABC, TST e ENAMAT.

6. Orçamento do projeto

A contribuição do Governo espanhol/AECID aprovada para a realização do projeto foi de R\$ 283.606,11 ou 105.039,30 €, correspondendo a 79,5% do va-

lor total. A contribuição brasileira, com alocação do TST, de R\$ 73.550,00 ou 27.240,74 €, foi equivalente a 20,5% do valor total.

VALOR TOTAL	R\$ 357.156,11	132.280,04 €
AECID	R\$ 283.606,11	105.039,30 €
TST	R\$ 73.550,00	27.240,74 €
Obs.: Câmbio: 1 € = R\$ 2,7		

7. Atividades realizadas e resultados alcançados

Os resultados correspondem aos efeitos imediatos obtidos com o uso dos produtos – bens, serviços ou processos gerados. Os principais resultados alcançados decorrentes das atividades executadas se apresentam a continuação.

7.1 Divulgadas as atividades do projeto junto ao sistema judicial brasileiro

- Visita do especialista espanhol D. Manuel Bellido Aspas, magistrado do trabalho, membro do Conselho Geral do Poder Judiciário da Espanha e professor da Escola Judicial da Espanha, em Barcelona. Em reunião com o então diretor da ENAMAT, ministro Carlos Alberto Reis de Paula e com o vice-diretor, ministro Antônio José de Barros Levenhagen foram discutidas as condições finais para início do projeto.



- Visita do Príncipe de Astúrias, D. Felipe de Borbón e Grecia ao Tribunal Superior do Trabalho, no qual foi recebido pelo presidente ministro Rider Nogueira de Brito, e pelo então presidente da ENAMAT, ministro Carlos Alberto Reis de Paula, e o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Otávio Noronha.





Resultados e produtos:

- ▶ Diferentes atores do sistema judicial brasileiro puderam tomar contato com as atividades do projeto e se beneficiar dos cursos oferecidos.
- ▶ Diferentes momentos da cooperação ENAMAT/TST/AECID foram divulgados de modo a dar conhecimento da importância política do projeto.

7.2 Participação em cursos de formação no âmbito da aula ibero-americana do Programa Ibero-Americano de Formação Técnica Especializada (PIFTE) da Cooperação Espanhola

- Curso “Formación de Formadores y Equipos Gestores de Escuelas Judiciales”, celebrado em Barcelona.
- Curso “Reflexiones sobre la Formación de Jueces en Iberoamerica”, realizado em Barcelona.
- “Jurisdicción Social y Nuevo Derecho del Trabajo”, desenvolvido em La Coruña.

Resultados e produtos:

- ▶ Participaram, em 2007, 2008 e 2009, um total de quatro ministros do TST/ENAMAT nos cursos do programa formativo da aula ibero-americana, com o apoio do projeto:
 - Carlos Alberto Reis de Paula,
 - Maria Cristina Irigoyen Peduzzi,
 - Renato de Lacerda Paiva,
 - Emmanoel Pereira
- ▶ Foram recolhidos subsídios para aperfeiçoar os cursos oferecidos pela ENAMAT.

7.3 Realização de missão técnica/institucional ao Consejo General del Poder Judicial (Madrid) e à Escuela Judicial española (Barcelona)

- O ministro Antonio José de Barros Levenhagen realizou, em 2008, uma missão de prospecção institucional na qual foi conhecido o modelo espanhol de organização do sistema judiciário e de funcionamento da Escola Judicial.

Resultados e produtos:

- ▶ Foram recolhidos subsídios para melhor organização da Escola, assim como para a estruturação dos cursos oferecidos pela ENAMAT a partir das práticas adotadas pelas escolas judiciais espanholas.

7.4 Realização de reunião da ENAMAT com as Escolas Regionais de Formação de Magistrados do Trabalho (Brasil)

- Realizada reunião em 2008 com as Escolas Regionais de Formação de Magistrados do Trabalho do Brasil

Resultados e produtos:

- ▶ As diferentes experiências de ensino das escolas regionais foram compartilhadas e trocadas, fomentando o diálogo e o trabalho em rede.

7.5 Facilitação do intercâmbio de documentação e de legislação sobre a criação e gestão de escolas de magistratura, formação e capacitação prática para juízes e instituições do Poder Judiciário

- As diversas visitas de magistrados brasileiros à Espanha possibilitou um intenso intercâmbio de documentos e materiais ao longo do projeto.

Resultados e produtos:

- Foram intercambiados documentos sobre legislação e gestão administrativa de escolas de magistratura espanhola e brasileira.

7.6 Apoio ao desenvolvimento e implantação de Cursos de Formação Inicial (CFI) para Magistrados do Trabalho, em níveis nacional e regional, para o desenvolvimento de habilidades destinadas ao exercício da profissão

- Sete magistrados especialistas espanhóis em direito proferiram as aulas inaugurais dos CFI com temas sugeridos pela ENAMAT/TST em cada um dos oito Cursos de Formação Inicial realizados de 2007 a 2009.

Participação de magistrados espanhóis nas aulas inaugurais dos CFI¹

CFI	DATA	NOME DO MAGISTRADO	TEMA
2ª Turma	09/04/2007	D. Antonio Martín Valverde, ministro da Sala de lo Social do Supremo Tribunal da Espanha	Processos de Conhecimento e Execução na Perspectiva do Direito do Trabalho Espanhol
3ª Turma	10/09/2007	Dª María José Hernández Vitoria, magistrada especialista de La Sala de lo Social do Tribunal Superior de Justicia de Madrid	As Novas Teorias da Argumentação Jurídica e a Efetividade Judicial
4ª Turma	11/02/2008	D. José Fernando Lousada Arochena, magistrado especialista en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia	Princípio da igualdade e direito a não ser discriminado nas relações de trabalho
5ª Turma	22/04/2008	D. Juan Martínez Moya, presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia e Presidente de la Sala Civil y Penal	A proteção ao emprego no mundo globalizado: aplicação da Convenção nº 158 da OIT no Direito Espanhol
6ª Turma	03/11/2008	D. Miguel Pasqual del Riquelme Herrero, juzgado de lo Penal Num. 2 de Murcia	As prerrogativas da magistratura e a conduta ética do magistrado espanhol
7ª Turma	04/05/2009	D. José Pablo Aramendi Sánchez, juzgado de lo Social 33 de Madrid.	Soluções do direito coletivo espanhol para garantir o emprego frente à crise financeira global
8ª Turma	28/09/2009	D. Andrés Javier Gutiérrez Gil, letrado del Tribunal Constitucional	A repercussão dos direitos e deveres fundamentais nas decisões judiciais

1 Conferências proferidas pelos magistrados espanhóis nas aulas inaugurais dos Cursos de Formação Inicial (CFI) constam na segunda parte desta publicação.

Para a ENAMAT, o projeto teve importante contribuição para a estruturação exitosa dos Cursos de Formação Inicial (CFI), presenciais, com duração de quatro semanas e oferecidos semestralmente. Foram realizados sete cursos na vigência do projeto, capacitando a 419 juízas (50,6%) e juizes de trabalho substitutos (49,4%), recém-aprovados e empossados, de 23 Tribunais Regionais do Trabalho para o exercício da magistratura do trabalho.

Resultados e produtos:

- ▶ A presença de um magistrado espanhol nas aulas inaugurais ajudou a prestigiar a Escola e seu compromisso com a qualidade do ensino, assim como a oferecer um olhar diferente e uma visão internacional aos alunos.
- ▶ Os efeitos imediatos da participação de especialistas espanhóis em direito do trabalho e das diferentes missões técnicas realizadas são retratados nos indicadores a seguir:
 - Grade curricular dos Cursos de Formação Inicial melhor organizada;
 - Integração da teoria com a prática;
 - Adoção de técnica de ensino, com a oferta de laboratórios (simulação de situações de trabalho) e estágios;
 - Proposta didático-pedagógica desenvolvida com maior integração teoria-prática e contemplando temas contemporâneos;
 - Referencial para a estruturação de modelo de competências profissionais, de valores humanistas e éticos a serem desenvolvidos pelos alunos-juizes da ENAMAT;
 - Valorização da discussão de temas contemporâneos de modo a viabilizar a compreensão das formas de enfrentamento dos desafios, impostos pela globalização – precarização das relações de trabalho, o desemprego, as doenças do trabalho – comuns aos dois países.

7.7 Apoio na criação e no desenvolvimento de Cursos de Formação Continuada para Magistrados do Trabalho, em níveis nacional e regional

- A opinião de ministros que participaram das missões na Espanha e no Brasil é que houve ganhos para a estruturação dos cursos de

Formação Continuada da ENAMAT. A “Escola Judicial da Espanha constitui paradigma para as escolas brasileiras ainda em formação e também para os Cursos de Formação Continuada” (ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi do TST e membro do Conselho Consultivo da ENAMAT).

- “As estratégias de formação continuada espanholas contribuíram com as experiências exitosas denominadas 'Juízes em Práticas' na forma de estágios supervisionados por tutores (magistrados mais experientes), e nas técnicas de simulações e estudos de caso, tendo inspirado os 'laboratórios judiciais' já implementados pela ENAMAT”, explicou o diretor atual da Escola, ministro Antônio José de Barros Levenhagen.

7.8 Apoio ao desenvolvimento de cursos de Formação para Formadores de Magistrados do Trabalho

- Para este tipo de capacitação a experiência espanhola igualmente mostrou caminhos. Reafirmou a importância desses formadores e de tutores que podem dar grande e qualificada contribuição para o desempenho profissional dos magistrados, ao longo de suas carreiras.

8. Lições aprendidas

Ministros representantes da ENAMAT estiveram presentes em sete momentos de intercâmbio e aprofundamento de conhecimento em cursos e visitas na Espanha. Importante experiência para melhor estruturação da proposta didático-pedagógica dos CFI.

Os cursos foram *Formación de Formadores y Equipos Gestores de Escuelas Judiciales* (Barcelona); *Reflexiones sobre la Formación de Jueces en Iberoamerica* (Barcelona); e *Jurisdicción Social y Nuevo Derecho del Trabajo (La Coruña)*. As visitas foram ao *Consejo General del Poder Judicial* (Madrid) e à *Escuela Judicial Española* (Barcelona).

Igualmente, no decorrer do projeto, duas reuniões do Sistema Integrado de Formação da Magistratura do Trabalho (SIFMT) foram realizadas. Formado pela ENAMAT, Tribunais Regionais do Trabalho e Escolas Regionais o SIFMT constitui-se

em um fórum para discussão de conteúdos e de gestão de técnicas de ensino presenciais e a distância, coordenado pela ENAMAT, e busca o aperfeiçoamento dos magistrados do trabalho nas 24 escolas regionais atualmente existentes.

A presença de especialistas espanhóis na aula inaugural de cada promoção do Curso de Formação Inicial (do segundo ao oitavo), em Brasília, trouxe um olhar diferente e com perspectiva internacional às turmas de formação.

Durante as missões, visitas e cursos, magistrados brasileiros e espanhóis intercambiaram documentos, DVDs e CDs sobre a gestão administrativa de escolas de magistratura de ambos os países. Os mesmos encontram-se na biblioteca da ENAMAT para consulta da equipe e de alunos-juízes.

8.1 Alcance de resultados e impactos

Com base na lógica de intervenção do projeto, e visando compreender se o projeto produziu os resultados esperados, se atingiu o seu objetivo e se contribuiu para o alcance do objetivo geral, buscaram-se indicadores que informassem em que medida a mudança pretendida foi alcançada. A organização de uma matriz a partir das considerações e percepções dos atores sociais envolvidos no projeto, bem como por consulta a dados secundários permitiu a visualização das mudanças significativas obtidas:

Matriz de resultados, impactos e indicadores de alcance

DESCRIÇÃO	INDICADORES DE RESULTADOS
<p>OBJETIVO GERAL (Impacto indireto)</p> <p>Modernizar a justiça do trabalho no Brasil, respondendo às demandas sociais com mais celeridade e qualidade</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Crescente aumento da produtividade dos magistrados do trabalho (Relatório 2009, CNJ); • Declínio da taxa de congestionamento de processos de julgamento: movimento processual com resolução de casos teve aumento de 71% de outubro/2007 a outubro/2009 (Relatório de 2009 do Conselho Nacional de Justiça).
<p>OBJETIVO DO PROJETO (Impacto Direto)</p> <p>Apoiar o Tribunal Superior do Trabalho do Brasil na institucionalização da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT)</p>	<p>ENAMAT atuando em bases mais sólidas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Juizes técnicos em direito capacitados para atuarem como magistrados comprometidos com os valores da celeridade, da segurança jurídica e da qualidade na prestação do serviço da justiça social; • Validação do status da ENAMAT como entidade que desenvolve suas atividades de forma alinhada às instituições da justiça do trabalho no Brasil; • Ampliação do número de Escolas Regionais de 13 para 24 e maior segurança na coordenação do Sistema Integrado de Formação de Magistrados (SIFMT); • Estratégia de comunicação mais efetiva e eficiente com a mídia sobre a importância do papel de justiça do trabalho; • Maior conhecimento das habilidades, capacidades, atitudes e da dimensão ética necessárias à prática de um magistrado do trabalho; • Calendário de capacitação alinhado aos concursos regionais de modo a facilitar o ingresso na ENAMAT logo após a posse como juiz do trabalho.
RESULTADOS (Efeitos Imediatos)	INDICADORES DE RESULTADOS
<p>R1. Divulgadas as atividades do projeto junto ao sistema judicial brasileiro</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Juizes substitutos de 23 regiões tiveram conhecimento das vagas oferecidas e das propostas dos cursos promovidos pela ENAMAT; • Ministros do TST e outras autoridades do sistema judicial participaram de eventos promovidos pelo projeto; • Notícias e documentação fotográfica dos sete Cursos de Formação Inicial veiculadas nos sites da ENAMAT e da AECID, e em relatórios; • Comunicações diversas feitas às escolas regionais.

DESCRIÇÃO	INDICADORES DE RESULTADOS
<p>R2. Desenvolvidos os modelos de gestão administrativa de Escolas de Magistratura do Trabalho, de capacitação de seus quadros e intercâmbio de práticas administrativas</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ferramentas e processos de gestão desenvolvidos a partir da experiência, metodologia de planejamento e estrutura de recursos humanos, desenvolvimento da proposta de estruturação física dos setores da Escola; • Percepção da melhor localização geográfica da Escola em relação a instituições afins; • Quadros de pessoal com dedicação exclusiva à Escola e capacitação em várias áreas do conhecimento e comprometimento com o alcance da excelência nas atividades de formação da Escola.
<p>R3. Desenvolvidas atividades de apoio para a implementação de modelos de seleção de âmbito nacional para a Magistratura do Trabalho</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Modelos de seleção não elaborados por haver diferenças substanciais quanto à formação prévia dos candidatos à Escola de Magistratura do Trabalho nos dois países.
<p>R4. Apoiado o desenvolvimento e implantação de Cursos de Formação Inicial para Magistrados do Trabalho, em níveis nacional e regional, para o desenvolvimento de habilidades destinadas ao exercício da profissão</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Grade curricular dos Cursos de Formação Inicial melhor organizada, integração da teoria com a prática, adoção de técnica de ensino, com a oferta de laboratórios (simulação de situações de trabalho) e estágios; • Proposta didático-pedagógica desenvolvida com maior integração teoria-prática e contemplando temas contemporâneos; • Referencial para a estruturação de modelo de competências profissionais, de valores humanistas e éticos a serem desenvolvidos pelos alunos-juizes da ENAMAT; • Cursos de Formação Inicial oferecidos semestralmente; • 419 juizes (49,4%) e juizas (50,6%) de 23 Tribunais Regionais do Trabalho com capacitação inicial para a Magistratura do Trabalho.
<p>R5. Apoiada a criação e o desenvolvimento de Cursos de Formação Continuada para Magistrados do Trabalho, em nível nacional e regional, para a qualificação e o aperfeiçoamento permanentes na carreira, inclusive mediante debates e estudos em âmbito nacional e internacional.</p>	<p>Não há indicadores de alcance como resultado de ações diretas do projeto.</p>
<p>R6. Apoiado o desenvolvimento de cursos de Formação para Formadores de Magistrados do Trabalho.</p>	<p>Não há indicadores de alcance como resultado de ações diretas do projeto.</p>

O fato do projeto ter cumprido parcialmente a totalidade das atividades, baseia-se na compreensão de que:

- Os principais interlocutores do projeto eram magistrados superiores brasileiros e espanhóis, às vezes com pouca disponibilidade de tempo para maior dedicação à experiência.
- O desenvolvimento do projeto teve de ser preterido em função da dinâmica e do desafio de instalação da ENAMAT.
- Muitas ações acabaram por se caracterizar como desnecessárias em virtude de terem obtido “insights” importantes quando das missões técnicas realizadas pelos magistrados, tanto na Espanha como no Brasil.
- Uma diferença fundamental limitou as possibilidades de aproveitamento integral das experiências e dos modelos de abordagem: as Escolas Judiciais da Espanha formam profissionais para a atuação como juízes. Na ENAMAT os alunos já ingressam como técnicos qualificados em direito e saem como magistrados do trabalho.
- As especificidades dos contextos brasileiro e espanhol, no que tange aos sistemas judiciais, demonstraram que o maior ganho estaria na percepção das diferenças e na construção de modelos e instrumentos próprios, iluminados pela rica troca estabelecida.

Por estas razões, chegou ao seu final apresentando indicadores que sinalizaram eficácia naqueles resultados alcançados e efetividade em significativas mudanças.

8.2 Quanto ao objetivo geral

Modernizar a justiça do trabalho no Brasil, respondendo às demandas sociais com mais celeridade e qualidade.

- ▶ Tendo claro que as mudanças em um dado contexto são resultantes de diferentes variáveis, é possível afirmar que o projeto contribuiu para transformações significativas na justiça brasileira. A desejada celeridade e maior qualidade na resolução dos processos em julgamento foi constatada. Segundo dados de 2009 do Conselho Nacional de Justiça, o movimento processual com resolução de casos teve aumento de 71% de outubro/2007

a outubro/2009 (RELATÓRIO 2009). Uma das razões explicadas pela referida instituição é o crescente aumento da produtividade dos magistrados do trabalho e da qualidade com que eles atuam, que têm estreita ligação com a profissionalização dos juízes do trabalho realizada pela ENAMAT.

8.3 Quanto ao objetivo do Projeto

Apoiar o Tribunal Superior do Trabalho do Brasil na institucionalização da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT).

- ▶ O aprendizado com a experiência espanhola e os “insights” somados à “expertise” brasileira levaram à criação e ao aprimoramento constante de modelos próprios de formação e aperfeiçoamento da ENAMAT. Os indicadores refletem esta conquista:

ENAMAT atuando em bases mais sólidas:

- Juizes técnicos em direito capacitados para atuarem como magistrados comprometidos com os valores da celeridade, da segurança jurídica e da qualidade na prestação do serviço da justiça social;
- Validação do status da ENAMAT como entidade que desenvolve suas atividades de forma alinhada às instituições da justiça do trabalho no Brasil;
- Ampliação do número de escolas regionais de 13 para 24 e maior segurança na coordenação do Sistema Integrado de Formação de Magistrados (SIFMT);
- Estratégia de comunicação mais efetiva e eficiente com a mídia sobre a importância do papel de justiça do trabalho;
- Maior conhecimento das habilidades, capacidades, atitudes e da dimensão ética necessárias à prática de um magistrado do trabalho;
- Calendário de capacitação alinhado aos concursos regionais de modo a facilitar o ingresso na ENAMAT logo após a posse como juiz do trabalho.

9. Aprendizados e considerações

O projeto de cooperação técnica internacional entre o TST e a AECID, baseado em intercâmbio de conhecimento e experiências para o desenvolvimento institucional da ENAMAT, possibilitou vários aprendizados e reflexões.

Os conteúdos abordados nesta seção foram obtidos em entrevistas com as pessoas diretamente envolvidas na execução do projeto, ao longo do trabalho de sistematização do mesmo.

9.1 Aprendizados

- A ENAMAT, assim como outras escolas, deve buscar a ampliação e o aperfeiçoamento de conteúdos e de técnicas de ensino, de forma contínua, como medida de eficiência e eficácia na qualificação de seus alunos;
- Projetos de cooperação internacional levam a um maior reconhecimento da importância institucional das instituições envolvidas, com ganhos políticos claros;
- A ENAMAT teve uma demonstração de sua habilidade para atuar em cooperação com outras escolas de formação de magistrados de igual status. Com o fortalecimento institucional obtido, a Escola tornou-se referência como instituição de formação de juízes;
- A experiência desenvolvida possibilitou reflexões sobre a dimensão da cooperação trilateral na América Latina que a ENAMAT deseja realizar no futuro. Ficou claro que antes é necessário consolidar o modelo brasileiro internamente, o que passa pelo fortalecimento das escolas regionais;
- A importância da abordagem de temas complexos realizada pelos especialistas espanhóis mostrou que a Escola deve sempre contemplar essas discussões para melhor abranger os diferentes aspectos da realidade laboral que os magistrados têm de enfrentar em seu dia a dia;
- A competência, o interesse e a grande receptividade dos especialistas espanhóis no compartilhamento de conhecimentos com o Brasil, estimularam a ENAMAT para a continuidade de cooperação com a AECID;

- Os magistrados espanhóis levaram aprendizados sobre: a estrutura e funcionamento do Tribunal Superior do Trabalho; a forma de condução dos acordos estabelecidos entre empregadores e empregados; reflexões sobre assuntos tratados em visitas que serviram de referências sobre temas de discussão com os alunos; e também sobre o fortalecimento do juiz como elemento de peso nos processos, o que exerce influência na questão da celeridade.

9.2 Considerações finais

Aspectos facilitadores da atuação da AECID

- Devido ao tema trabalhado estar voltado para o desenvolvimento institucional de uma escola formadora de magistrados do trabalho. Em face da "expertise" da Espanha na temática, foi fácil encontrar as escolas contrapartes;
- A temática do projeto estar alinhada à prioridade do Governo brasileiro;
- A instituição que demandava a cooperação (ENAMAT) tinha claro o que queria conhecer com interesses bem definidos;
- A decisão e o planejamento do projeto terem ocorrido com a participação das instâncias superiores da ENAMAT e TST;
- A experiência constitui-se na primeira atuação da AECID na área da justiça em um país com o Judiciário forte; esse fato servirá de referência para futuras atuações na América do Sul no eixo: Governabilidade democrática, participação cidadã e fortalecimento institucional.

9.3 Recomendações

O desenvolvimento institucional da ENAMAT foi obtido com características de sustentabilidade. A Escola consagrou-se como referência na modalidade de formação de magistrados do trabalho e já vem sendo procurada para compartilhar conhecimento com instituições de outros países (França, Inglaterra, Moçambique).

A AECID adquiriu conhecimentos para a continuidade da cooperação técnica na área da justiça e assim pode ampliar sua atuação no eixo prioritário de Governabilidade democrática, na América Latina.

Com o intuito de auxiliar no aprimoramento de outras ações de cooperação técnica, são feitas algumas recomendações:

- É fundamental a distinção das dimensões política e técnica de um projeto;
- A preocupação com a gestão tem de estar presente desde o momento de elaboração do projeto, sendo importante a participação de diferentes atores envolvidos;
- O PRODOC (Documento de Formulação de Projeto) deve conter um quadro lógico com a cadeia de resultados, indicadores de resultado, meios de verificação e metas; as principais atividades também devem ser incluídas;
- Após a assinatura do Protocolo de Intenções a instituição executora deve preparar planos que auxiliam na gestão do projeto, a saber:
 - » Plano de Trabalho com o detalhamento das atividades, cronograma e distribuição de responsabilidades para os diferentes momentos da execução;
 - » Plano de Monitoramento e Avaliação, instrumento essencial de gestão que deve ser conduzido na perspectiva de obtenção de aprendizados internos para compartilhamentos e aprimoramento da execução;
 - » Plano de Monitoramento de Riscos, auxilia na adoção de medidas para evitar ou mitigar fatores que podem prejudicar o projeto;
 - » Plano de Comunicação, com as estratégias de interação e o tipo de informações destinadas aos diferentes atores sociais envolvidos;
 - » A gestão de projetos e planos requer equipe com treinamento específico;
 - » A constituição de um comitê misto atuante para acompanhamento da gestão do projeto ajuda a dirimir dúvidas e a divisão de responsabilidades, facilitando a construção de um compromisso maior com a mudança pretendida;
 - » A adoção do procedimento de sistematização da experiência, por meio de metodologia específica, viabiliza a geração de conhecimento a partir da prática vivenciada, sendo útil para o desenvolvimento de ações semelhantes pela instituição.

Como mensagem final, as declarações do diretor da ENAMAT, ministro Antônio Levenhagen são transcritas:

O convênio, como qualquer instrumento de troca de experiências e de conhecimentos, é um instituto dinâmico, que deve continuamente adaptar-se às necessidades e aos novos desafios de seus parceiros, e, assim, não pode ser avaliado de forma isolada, mas sim pelo seu resultado final como conjunto. A AECID, nesse aspecto, especialmente na pessoa do sr. Pedro Flores como seu interlocutor privilegiado, desenvolveu um papel extraordinário como parceira desse desafio institucional e sempre demonstrou plena compreensão do valor diferenciado dessa iniciativa para a justiça do trabalho brasileira. O convênio seguramente pode ser reeditado, agora com novos objetivos, e oportunizar o intercâmbio de outras práticas com o amadurecimento da missão institucional da ENAMAT.





**Conferências inaugurais
de magistrados espanhóis nos
Cursos de Formação Inicial**

III CURSO DE FORMACIÓN INICIAL DE MAGISTRADOS DEL TRABAJO

Aula inaugural realizada en Brasilia, el 04 de abril de 2007

D^a MARIA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

Licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza (1971/ 1976). Realizó cursos de Doctorado entre los años 92/93 y 93/94. Magistrada de carrera. Ingresó con el n° 1 de la promoción, siendo destinada al Juzgado de lo Social n° 7 de Barcelona (mayo de 1994 a noviembre de 1996). Magistrada especialista del orden social con el n° 2 de la promoción. Destinos: Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (diciembre de 1996 a diciembre de 2004). Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, actividad que desempeña actualmente.



LAS NUEVAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA EFECTIVIDAD JUDICIAL

I. INTRODUCCIÓN

1. Sobre el objeto y los límites de esta intervención

Quisiera comenzar mi intervención agradeciendo sinceramente a las personas que me han invitado a participar en estas jornadas dirigidas a los jueces de Trabajo de Brasil la confianza que me han prestado al encomendarme la tarea de hablar sobre las actuales teorías de la argumentación jurídica y la efectividad judicial. Esta tarea la he abordado con humildad e ilusión. Humildad ante la conciencia de mis limitaciones e ilusión por la oportunidad que supone el poder hablar con ustedes sobre unos temas que tienen tanto interés para nosotros los jueces.

Entiendo que el acierto en la consecución de este encargo dependerá, principalmente, de la benevolencia que el auditorio pueda tener conmigo. En lo que a mí concierne, es mi primer deber pedirles paciencia ante la dificultad de comunicación que supone el hablar en una lengua distinta a la suya. Mi segundo deber es una definición de objetivos de esta intervención.



Tal como he entendido, lo que se me pide no es llevar a cabo una exposición de las diversas teorías argumentativas que se encuentran en debate en el terreno de la filosofía del Derecho -objetivo éste difícilmente alcanzable a través de mí, puesto que la perspectiva que tengo sobre el tema es eminentemente práctica, ya que proviene de mi condición de magistrada en ejercicio-, sino presentar un pequeño trabajo que resalte la atención sobre los problemas que presenta argumentar la decisión judicial dentro del modelo de sistema jurídico al que pertenecen tanto Brasil como España, y sobre cómo debe el juez tomar conciencia de esos problemas, precisamente para darles una solución satisfactoria desde el punto de vista de la efectividad de la función institucional que cumple el poder judicial. Por lo tanto, lo que cabe esperar es una reflexión en común sobre los diferentes elementos que están presentes en la aplicación judicial del Derecho, ya que la tarea del juez consiste esencialmente en decidir, y para ello no basta conocer los contenidos del Derecho positivo que toma en cuenta para dar solución a los problemas que se le plantean en un litigio concreto, sino que también se requiere ser capaz de justificar el por qué de esa elección normativa, al igual que la del resto de elementos en que se basa una resolución; es decir, debe ser capaz de motivar adecuadamente su decisión.

2. Argumentación judicial, cultura y monismo jurídico

Por otra parte, estoy obligada a precisar que las ideas que he tomado en consideración en este pequeño trabajo corresponden a una visión de la argu-

mentación judicial fundada en una determinada base cultural y en un modelo monista del sistema jurídico.

Quiero esto decir que las teorías de la argumentación a las que se hará referencia toman como elemento común una base cultural grecolatina, sin que esta circunstancia nos permita olvidar que al margen de la misma existen otros conceptos de argumentación judicial que defienden un modelo distinto -entre ellos el modelo islamista-, si bien no cabe ahora detenerse en tales sistemas.

En lo que se refiere al monismo jurídico, hay que decir que las teorías de la argumentación judicial que se citarán parten de un sistema jurídico de un único Derecho en un determinado territorio (el Derecho estatal), a diferencia del sistema de pluralismo jurídico, que admite la coexistencia de una pluralidad de Derechos en un mismo territorio. Esta idea de pluralismo jurídico va asociada a la teoría crítica del Derecho, una teoría que descalifica el modelo de Derecho estatal y que ha tenido como manifestaciones más importantes la Corriente del Uso alternativo del Derecho -desarrollada en la Italia de los años 70 del siglo XX- y la corriente del Derecho alternativo de América latina (también llamada Derecho “nacido en la calle” o Derecho “nacido en la calle”, y representada, entre otros autores, por BOAVENTURA DOS SANTOS, EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JUNIOR y AMILTON BUENO DE CARVALHO), surgida en Brasil en los años 90, desde donde se extendió por el resto de Suramérica. La principal diferencia entre ambas teorías críticas radica en que la primera pretende un cambio en la forma de interpretar y aplicar el Derecho, no una modificación del Derecho mismo; se trata de mantener el Derecho estatal pero interpretado en favor de las clases sociales más desfavorecidas. Por el contrario, la segunda corriente defiende la superación del Derecho estatal, partiendo de la base de que el Estado no crea el Derecho, sino que sólo lo reconoce después de haber sido creado por la sociedad.

Pues bien, el hecho de que los países en los que más interés se ha prestado a la argumentación judicial cuenten con una tradición jurídica grecolatina y defiendan un sistema jurídico monista repercute lógicamente en la forma de entender la aplicación del Derecho, pues el pluralismo jurídico implica, entre otras cosas, el rechazo de un sistema jurídico basado en las exigencias de legalidad y generalidad de las normas, y estas notas no dejan de ser pilares importantes a tener en cuenta como elementos que se valoran para justificar si una decisión judicial se encuentra debidamente fundada. Por lo tanto, estos presupuestos

hemos de tenerlos presentes como necesario punto de partida de las consideraciones que siguen a continuación.

II. SOBRE LAS NUEVAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. Los diversos campos de la argumentación jurídica



Una teoría de la argumentación jurídica se propone reflexionar sobre la argumentación que tiene lugar en un contexto jurídico. En consecuencia, son dos los elementos a considerar en torno a la misma: en qué contextos se puede desenvolver un proceso argumentativo jurídico y qué cabe entender como teoría de la argumentación.

Existen tres campos jurídicos en los que se requiere el desarrollo de una argumentación: el de la dogmática

jurídica, el del establecimiento de normas jurídicas y el de aplicación de las normas jurídicas. La dogmática jurídica es el campo de la doctrina científica; se ocupa del estudio de un sector concreto del Derecho con el fin de profundizar en su alcance, interpretación y aplicación. En el terreno del establecimiento de normas jurídicas hemos de diferenciar el desarrollo que requiere una argumentación jurídica en la fase prenormativa y en la fase propiamente normativa; en la primera los argumentos a valorar en orden a la configuración de una norma legal no son sólo de orden jurídico sino también político; unos y otros se tratan de hacer explícitos en la Exposición de Motivos de la norma. En la segunda, por el contrario, de lo que se trata es de justificar que una norma es válida, lo cual exige un procedimiento en el que priman los argumentos técnico-jurídicos. Pero es en el ámbito judicial donde cobran principal interés las diversas teorías sobre la argumentación jurídica, pues éstas se ocupan principalmente del análisis de las razones por las que un juez interpreta una norma y procede a la aplicación de la misma en un determinado sentido.

2. La argumentación judicial

En Europa existen dos sistemas jurídicos, cada uno de los cuales cuenta con su propia construcción referente a la ordenación del sistema normativo y a la posición que ocupa el juez dentro del mismo: el “common law” y el continental. El primero de ellos es propio de Inglaterra, Estados Unidos de América y Australia. El segundo se ha extendido por todo el continente europeo y los países de América latina. Sobre la evolución histórica de este último diremos unas palabras porque muestra la relación mantenida entre la ley y el aplicador de la ley -el juez- y nos advierte de por qué la independencia ha de ser uno de los pilares básicos no sólo en el diseño de los poderes del Estado sino también en la actividad de aplicación del Derecho.

La formación histórica de ese sistema parte de un fondo romano y germánico, predominando aquel primero. A lo largo de muchos siglos ese fondo jurídico dio pie a diversos Derechos nacionales integrados por un conjunto de normas, costumbres, privilegios reales, fueros locales y corporativos, en medio de los cuales la interpretación del Derecho consistía en el estudio de los argumentos ceñidos al caso concreto y la doctrina judicial en un catálogo de casos, con lo cual la importancia de esa doctrina era mínima.

Con el Estado moderno surgido en el Renacimiento en el siglo XV la irrelevancia de la aplicación judicial del Derecho llevó a la prohibición de motivar las resoluciones judiciales. Es la época del absolutismo y con esa prohibición se perseguía reafirmar el carácter ilimitado del poder real, pues, como quiera que el rey no estaba obligado a dar ninguna explicación sobre su voluntad y los jueces se consideraban meros ejecutores de la voluntad del soberano, tampoco los jueces debían justificar sus decisiones. La postura era coherente con el concepto mismo del absolutismo, que parte de la idea de un poder regio no sujeto a división. La motivación de la resolución judicial sólo se verá como una exigencia de aquellas sociedades en las que exista una división de poderes, una distinción entre quien dicta una norma y quien la aplica.

El paso a este sistema tuvo lugar en el siglo XVIII. En ese momento la Revolución Francesa de 1789 introdujo un cambio radical no sólo en la organización política (desaparición del absolutismo e instauración de regímenes basados en los principios de soberanía nacional, igualdad y libertad), sino también en el orden social y en el orden jurídico de los Estados. Sobre la base de los citados

principios revolucionarios el pensamiento racionalista llegó al movimiento codificador. El Código supuso la expresión máxima de la razón en la creación del Derecho. Con él se vino a sustituir el disperso conjunto de normas nacionales hasta entonces existente por una regulación global, única y sistematizada; se trataba de garantizar la seguridad jurídica a través de disposiciones claramente preestablecidas (sólo la ley puede limitar la libertad de los ciudadanos) y el abandono de una pluralidad de Derechos frente a la ley estatal. De este modo la codificación suponía la supresión de una diversidad jurídica -que amparaba una pluralidad de Derechos y jurisdicciones a través de los cuales se había privilegiado a las clases nobles- y recogía todo el sistema jurídico.

Paralelamente, la labor del jurista teórico pasó a consistir en el estudio de esas leyes codificadas, y la del juez se limitó a la mera aplicación de las mismas. Precisamente con el fin de asegurar el cumplimiento de ese fin se estableció el deber de motivar las resoluciones judiciales. Ese deber respondió al deseo de hacer transparente la aplicación de la ley por parte del juez, entendiendo que la función de éste era puramente técnica, ajena a la consideración de cualquier razón asociada a valores personales del propio juez.

La técnica judicial que hacía factible este sistema de aplicación judicial no podía ser otra sino la propia del racionalismo: la lógica deductiva, el silogismo. Este, aplicado al campo judicial, se traducía en una labor de interpretación que partía de una premisa mayor cuya posición venía ocupada por la ley, una premisa menor que se correspondía con el supuesto de hecho enjuiciado en el caso concreto, y una conclusión que era el resultado de la correcta deducción obtenida a partir de ambas premisas. Esta técnica de aplicación del Derecho llegó a su culminación a principio del siglo XIX en Alemania (Escuela histórica del Derecho), Francia (Escuela de la Exégesis) e Inglaterra (Jurisprudencia analítica); las tres Escuelas, pese a sus divergencias, sostuvieron que el Derecho era sólo el Derecho positivo, el Derecho puesto por una autoridad, fuera ésta el soberano o el pueblo. En cualquier caso, quedémonos con esta idea: el orden jurídico de la época estaba rigurosamente escindido entre las fuentes de creación y los órganos de aplicación de las normas, y la racionalidad que se pedía al juez se reducía a una técnica puramente deductiva donde no se daba intervención a ningún aspecto de carácter sociológico o psicológico.

Pero el final del siglo XIX trajo fisuras a esa concepción del Derecho como sistema. El cambio se explica por el surgimiento de otra serie de Escuelas jurídi-

cas que se conocen como Corrientes antiformalistas del Derecho, entre las cuales la Escuela de intereses de Ihering, defensora de que el procedimiento judicial tiene como fin último la satisfacción entre diversos intereses; el Realismo jurídico, que destacó el carácter eminentemente práctico del Derecho; la Escuela de Gény, conforme a la cual un ordenamiento jurídico siempre cuenta con lagunas que deben ser suplidas valiéndose de la libre investigación científica por parte del juez, permitiendo así que éste contribuya a la elaboración del Derecho. Todas estas corrientes encontraron un común denominador en su antipositivismo y en la desconfianza hacia la razón como método de interpretación judicial (insuficiencia de la lógica aplicada al Derecho). La crítica hacia el positivismo partía de la idea de que no todos los problemas de la vida real han podido ser contemplados en la ley, pues el Derecho va más allá de la voluntad del Estado plasmada en unas leyes y remite a valores e intereses sociales no necesariamente recogidos en las leyes; por lo tanto, entendían que el Derecho positivo debía ampliar su sistema de fuentes de producción jurídica.

Lógicamente, este enfoque del Derecho repercutió en la interpretación jurídica. En este nuevo contexto el papel del juez no podía reducirse a una aplicación mecánica de las leyes, porque, en la medida en que se entendió que hay elementos del Derecho que están más allá de la ley, estos nuevos elementos también tenían que estar presentes en el razonamiento judicial y el juez no podía quedar maniatado por las reglas del razonamiento deductivo. Por consiguiente, la interpretación de las leyes dejó de verse como una recreación de la ley, siendo su verdadera finalidad el descubrir el significado de aquélla, y en esta tarea cabía incorporar algún elemento subjetivo de interpretación en casos excepcionales, como son aquéllos en los que la ley ofrece una solución dudosa. Así se posibilitó el desarrollo de una teoría de la interpretación que permitía un mayor margen de creación judicial, si bien siempre dentro del modelo deductivo y racional, a través del cual el intérprete podía encontrar las reglas y soluciones jurídicas integradas en la ley aun cuando ésta no las hubiera hecho explícitas.

La visión del juez creacionista de Derecho sería llevada a su visión extrema en los regímenes totalitarios de la Europa de la primera mitad del siglo XX. En el sistema nacional-socialista el Derecho no expresaba ninguna razón, sólo era la voluntad del más fuerte. El centro del sistema jurídico era la comunidad nacional ideal, una comunidad homogénea en lo étnico y lo espiritual.

En este marco el sistema jurídico se supeditaba a la voluntad del conductor de la clase política, de forma que el conjunto de decisiones normativas que así iban surgiendo no se podía enmarcar en un sistema, porque la ley era el fruto del espíritu de la comunidad nacional dirigida por su conductor y este espíritu se consideraba cambiante. Por coherencia, el cometido del juez había de consistir en defender el Derecho popular, los intereses de esa comunidad nacional, yendo para ello más allá de la ley, si fuere necesario; por esta vía se llegó a negar el carácter jurídico de algunas leyes, pese a haber sido promulgadas siguiendo los procedimientos válidamente establecidos para la creación de normas, al considerar incompatible su contenido con el ideario de la nueva clase política dominante.

De igual modo el totalitarismo soviético buscó un modelo jurídico dirigido inicialmente a superar los postulados de un sistema burgués preocupado por la legalidad y la certeza jurídica; el interés se centraba en un modelo que defendiese el ideario socialista y en ese sistema el juez tenía un amplio campo de decisionismo, puesto que se entendía que existen unos intereses de la clase proletaria no incorporados a la ley cuya tutela correspondía al juez; más adelante, una vez asentado el sistema político socialista, la ley adquirió el papel de elemento racionalizador del nuevo poder político y el papel del juez pasó a ser el de mero aplicador de ese nuevo orden.

Estas experiencias llevaron tras la Segunda Guerra Mundial a la convicción de que había que contar con un nuevo orden jurídico en el que la ley fuera una norma cuya identificación no se hiciese sólo por su referencia con el sistema de fuentes de producción jurídica en el que se inscribía, sino también por su contenido ético. De igual modo, se hizo patente la necesidad de elaborar una teoría de la argumentación jurídica por medio de la cual se pudiese controlar el proceso de aplicación del Derecho, huyendo de los tipos del discurso totalitario, cuya propaganda se fundaba en la llamada a los instintos irracionales. Este objetivo sólo podía cumplirse a través del análisis de la motivación de la sentencia, que es la parte de la resolución judicial que puede mostrar los criterios seguidos por el juez al momento de decidir. En consecuencia, las teorías de la argumentación jurídica lo que intentan es precisamente elaborar una construcción que permita evaluar externamente la motivación de la sentencia y la racionalidad del discurso empleado por el juez para decidir.

3. Las nuevas teorías de la argumentación jurídica

3.1. Las bases de las nuevas teorías

Las bases sobre las que se vendrían a desarrollar estas nuevas teorías de la argumentación jurídica parten de la recuperación de la ley como eje central del sistema jurídico, y a partir de esta idea buscarán un modelo de razonamiento jurídico que haga controlable la actividad del juez, dejando bien entendido que ese control del razonamiento judicial ya no tendrá que ver con la simple deducción silogística.

Ciertamente, sobre los años 50 del siglo XX empezó a tomarse conciencia de que la lógica formal deductiva resultaba insuficiente para explicar todos los aspectos que versan sobre la argumentación general y, especialmente, sobre la argumentación jurídica. El esquema del razonamiento lógico-deductivo (según el cual a partir de las premisas normativa y fáctica se deduce una conclusión) se consideró insatisfactorio para el razonamiento judicial por varios motivos. Uno de ellas provenía del entendimiento de que el juez no sólo debe fundamentar la conclusión que obtiene a partir del silogismo con el que resuelve el conflicto que se le plantea, sino también la obtención de las premisas de ese silogismo, fallando el razonamiento deductivo para conseguir este objetivo, ya que el silogismo asegura sólo el tránsito lógico de las premisas a la conclusión (a partir de unas premisas verdaderas se obtiene una conclusión necesariamente verdadera), pero no aporta nada sobre la corrección de las premisas desde el punto de vista de los problemas de la vida real, en la cual se atiende a la regla de validez de las premisas, lo que quiere decir que una inferencia se considera lógica cuando de unas premisas válidas se obtiene una conclusión necesariamente válida. Otra crítica que se hacía al razonamiento deductivo aplicado a la argumentación judicial partía de que diversos autores (sustancialmente, los integrantes de la denominada Corriente realista del Derecho) defendieron que las razones aducidas por el juez en la sentencia no hacen aflorar los motivos reales que le han llevado a tomar tal decisión, pues al juez le mueven factores irracionales en su mayor parte.

Con el fin de salvar la naturaleza lógico-deductiva del razonamiento judicial se optó entonces por trasladar al ámbito jurídico una construcción propia de las ciencias empíricas: la distinción entre contexto del descubrimiento y contexto de justificación, y de este modo se sostuvo que también en la aplicación judicial del Derecho cabe diferenciar dos momentos o fases del proceso: el de formación

de las premisas (que coincidiría con el contexto del descubrimiento, el cual en este caso se limitaría al enunciado de los argumentos que han llevado a una decisión judicial) y el de formación de las conclusiones que se extraen a partir de tales premisas (que coincidiría con el contexto de justificación, conforme al cual se requiere la justificación de los argumentos que han llevado a tales premisas, no bastando con su simple explicación). De este modo, se podía entender que los móviles que llevan al juez a dar una solución determinada a un caso forman parte del contexto del descubrimiento de su decisión, mientras las razones lógico-deductivas de esa decisión forman parte del contexto de justificación.

Pero este intento de trasladar al Derecho ese esquema de distinción ente contexto del descubrimiento y contexto de la justificación no dejaba de ofrecer dificultades, pues, así como las ciencias empíricas parten de unos hechos reales directamente observables de la naturaleza, la resolución judicial es el resultado de un proceso decisorio que pretende poner fin a una controversia social. La constatación de estas dificultades dio origen a la aparición de diversas teorías de la argumentación jurídica, en las cuales podemos distinguir, dentro del esquema eminentemente didáctico de esta exposición, y, de acuerdo con los criterios de clasificación de ATIENZA RODRIGUEZ -de quien he tomado las principales referencias para preparar esta intervención-, las de los precursores de las actuales teorías jurídicas de la argumentación, que son los autores que presentaron sus ideas en los años 50 del siglo XX (VIEHWEG, PERELMAN, TOULMIN) y las de los representantes de la denominada "teoría estándar de la argumentación jurídica" cuyas teorías datan de los años 70 del citado siglo XX (principalmente, MAC CORMICK y ALEXANDER). Antes de hacer breve mención a las mismas, diremos que hay autores (entre ellos RAZ, DWORKIN, NINO) que no han llevado a cabo un estudio sistemático de la argumentación jurídica pero sí han efectuado importantes aportaciones sobre los criterios de justificación de una decisión judicial; sus tesis, por tanto, se conectan indirectamente con el problema de la argumentación jurídica, particularmente con el aspecto referido a la justificación material de la decisión judicial.

3.2. Los precursores de las nuevas teorías de la argumentación jurídica

A los efectos de esta exposición baste decir que la tópicica que THEODOR VIEHWEG expuso en su obra "Tópica y jurisprudencia", que vio la luz en 1953,

partía de la base de que el Derecho no es un sistema con lagunas, sino más bien un sistema de lagunas; en consecuencia, el razonamiento judicial no puede pretender ser un proceso de aplicación de reglas generales a casos particulares, sino un método para encontrar la justicia del caso concreto. Para ello el juez debe contar con argumentos que fundamenten la resolución de cada caso sin pretender su generalización. Por tanto, el método de VIEHWEG es, esencialmente, un método para resolver problemas jurídicos, para lo cual cuenta con un instrumento central que es el “topos” o lugar común -un enunciado general que expresa un criterio aceptado por la colectividad-, que suministra un argumento a partir del cual se establece un procedimiento de búsqueda de premisas que no termina nunca, ya que el interés de la tópica se centra más en las premisas que en las conclusiones; más en encontrar argumentos para dar solución a un problema que en elaborar un sistema conceptual. Para este autor en el mundo del Derecho no se puede pretender alcanzar un método deductivo que dé plenitud, compatibilidad e independencia al sistema, y **lo propio de la técnica jurídica será su carácter tópico**, entendido como búsqueda incesante de lo justo del caso concreto a través del derecho positivo.

CHAIM PERELMAN desarrolló su obra a través del “Centre National de Recherches de Logique” de Bruselas. Como dice PRIETO SANCHIS, en esa obra se trataba de investigar los instrumentos de control de aquellas formas de pensamiento cuyo objeto no son las conclusiones que se alcanzan mediante el proceso deductivo, ni tampoco las generalizaciones que se confirman o desmienten por la experiencia, sino la justificación de opiniones o decisiones que se basan en la elección entre diferentes alternativas. En este terreno el razonamiento judicial es un campo de pruebas inmejorable, porque cuando el juez decide no cuenta con un elemento decisor indiscutible y ello obliga a ponderar las razones de la decisión judicial en función de la fuerza de sus argumentos.

La teoría de PERELMAN sobre la argumentación jurídica se plasmó en “La nueva retórica. Tratado de la argumentación”, que publicó en colaboración con OLBRECHTS-TYTECA en 1958, cuya doctrina se conoce como “nueva retórica”. En ella se contrastan los diversos tipos de razonamiento y se parte de la distinción entre los analíticos o lógico-formales y los dialécticos o retóricos, concluyendo que el primer tipo se rige por la argumentación lógica y desemboca en resultados ciertos o inciertos. Por el contrario, en el modelo retórico no cabe pretender conseguir una resolución cierta, porque la norma no es unívoca y exacta, sino una pauta para la solución que el juez tiene que dar al caso específico que resuelve; en

coherencia, lo decisivo en este razonamiento no es la deducción a partir de la ley, sino la argumentación que permite justificar la decisión judicial, lo cual requiere considerar no sólo si esa decisión tiene o no cabida en la ley sino también la ponderación de otros elementos extralegislativos, tales como los principios generales o los tópicos al servicio del caso concreto. En definitiva, la lógica jurídica se refiere al estudio de las técnicas y razonamientos propios de los juristas, pero no como una rama de la lógica formal aplicada al derecho, sino como **una rama de la retórica, en cuanto la lógica jurídica es esencialmente argumentativa**, atribuyéndose en ella una gran importancia a la persuasión del auditorio.

También STEPHEN TOULMIN partió en su obra "Los usos del argumento" (1958) de un esquema de argumentación que se aparta de la lógica deductiva, pues aquél entendía que ésta no es suficiente para dar cuenta de la realidad. Esto no quiere decir, claro está, que el autor fuera en contra de la lógica, sino que intentaba desarrollar una teoría argumental que se acercase a la argumentación de la vida real. Su modelo de discurso argumentativo responde a un esquema integrado por seis factores: 1) los elementos dados; 2) una conclusión; 3) una "ley de paso" que autoriza el tránsito de lo dado a lo concluido; 4) un soporte o garantía que da apoyo a esa ley de paso; 5) un "modalizador" que permite matizar la conclusión; 6) una restricción o condiciones de refutación en las que puede concretarse el citado modalizador. Esta construcción se hace patente a través del ejemplo que pone el mismo autor, en el que planteaba el siguiente razonamiento: Como quiera que Harry ha nacido en las Bermudas, siendo que todas las personas que nacen en las Bermudas son ciudadanos británicos en virtud de las leyes existentes en materia de nacionalidad británica, se deduce que probablemente Harry es inglés, a no ser que sus padres sean extranjeros o que Harry haya cambiado de nacionalidad. En este ejemplo los citados seis elementos del esquema argumentativo de TOULMIN aparecen en la forma que a continuación se indica. Elemento dado: "Harry ha nacido en las Bermudas". Ley de paso: "puesto que todas las persona que nacen en las Bermudas son ciudadanos británicos...". Soporte de la ley de paso: "en virtud de las leyes existentes en materia de nacionalidad británica". Conclusión: "se deduce que Harry es ciudadano inglés". Modalizador: "La conclusión de que Harry sea inglés es la probable". Restricción del modalizador: "a no ser que sus padres sean extranjeros o que Harry haya cambiado de nacionalidad".

Así pues, al citado autor no le interesa la lógica formal vista como secuencia de proposiciones correctamente concatenadas, sino **los argumentos considerados como interacciones humanas**, para lo cual el interés de la argumentación no puede reducirse a la corrección puramente formal de las premisas, sino que debe incorporar la corrección material de los argumentos que se plasman en esas premisas. Su modelo de argumentación supone una constelación de enunciados anudados en un sistema que da al discurso forma de racionalidad; es un ejemplo clásico del modelo de argumentación según el cual se produce la construcción de un discurso partiendo de proposiciones no dudosas o razonables para extraer de ellas lo que, considerado individualmente, parecía menos admisible. Sobre esta base, su interés por la argumentación judicial se adentrará en la estructura de los argumentos (de qué elementos se componen los argumentos, qué funciones cumplen dichos elementos y cómo se relacionan entre sí), y también en la fuerza de los argumentos (en qué circunstancias el material presentado en la argumentación apoya una pretensión y con qué intensidad).

3.3. La argumentación jurídica en Neil MacCormick

A muy grandes rasgos puede decirse que la teoría de la argumentación jurídica de este autor, que fue expuesta en su libro "Razonamiento legal y teoría legal" (1978), parte de la base de que la justificación de una decisión judicial opera de modo distinto en los llamados casos fáciles o difíciles. Estos últimos presentan problemas que pueden ser: A) de relevancia (determinación de la norma que ha de aplicarse, a fin de saber si existe alguna para el caso debatido o, de haber varias, cuál prevalece); B) de interpretación (supuestos en los que no se duda sobre la norma aplicable, pero sí sobre la forma en que debe ser entendida); C) de prueba (problemas referidos al establecimiento de la premisa menor del razonamiento); D) de calificación (se discute si determinados hechos pueden subsumirse en el supuesto fáctico contemplado en la norma). Pues bien, en los casos fáciles la justificación de una decisión es cuestión de lógica deductiva. En los casos difíciles el proceso deductivo lógico no es suficiente para darles respuesta; en ellos la justificación jurídica debe cumplir dos requisitos: el de universalidad y el que la decisión tenga sentido en relación con el sistema jurídico y el mundo.

La universalidad debe ser entendida en el sentido de que la norma general o el principio jurídico recogido en la premisa mayor del silogismo ha de regir siempre. Esto no supone que esa norma o principio se aplique a todas las perso-

nas y casos, sino que, previendo aquéllos que siempre que se den determinadas condiciones se deriva una determinada consecuencia, cada vez que se den tales condiciones se deducirán las mismas conclusiones.

El que las decisiones jurídicas deban estar relacionadas con el sistema jurídico y con el mundo hace referencia a su justificación **externa**. Hablar de su relación con el sistema jurídico hace mención a que la decisión ha de cumplir los presupuestos de consistencia (la decisión se ha de basar en premisas que no se contradigan con normas válidamente establecidas) y de coherencia (una decisión es coherente si tiene encaje dentro de una serie de valores aceptables). El que la decisión jurídica se relacione con el mundo alude a que los jueces deben sopesar qué implican sus decisiones, diferenciando a tal efecto entre resultado y consecuencias; el resultado forma parte de la acción; las consecuencias son los estados de cosas posteriores al resultado y se evalúan en función de una serie de valores (justicia, bien común, etc.) que son distintos en cada rama del Derecho.

Por otra parte, MAC CORMICK acepta que no siempre existe una única respuesta para un caso difícil, y en tales supuestos los límites de la decisión están marcados por la racionalidad práctica. Esta también se ampara en elecciones que parten de razones, si bien, al no ser éstas concluyentes, se tienen que apoyar en otros criterios, como la justicia, la altura de miras, el buen juicio, etc. Resulta así un sistema de racionalidad basado en valores que en determinados casos podrían excluir resoluciones judiciales que parecerían razonables desde el nivel **interno** de la decisión, pero que no lo son desde el nivel externo de justificación de las premisas. Se concluye, por tanto, que una decisión judicial se adopta en función de premisas normativas junto a otras razones que reflejan un componente subjetivo del sujeto decisor.

3.4. La teoría de la argumentación de Robert Alexy

Este autor, junto a MAC CORMICK, AARNIO Y PECZENICK, es el que más ha contribuido al desarrollo de la denominada “teoría estándar de la argumentación jurídica”. La teoría de ALEXY se contiene en su obra “Teoría de la Argumentación Jurídica” (1976), y supone una formulación específica en el campo del Derecho de la teoría del discurso de HABERMAS. Esta es la razón por la que haremos una mínima mención a este último autor.

La base de la teoría del discurso de HABERMAS es intentar trasladar los presupuestos racionales implícitos en el uso del lenguaje al campo de las cuestiones

práctico-morales. El punto de partida es que la persona que habla tiene que dar razones para justificar sus afirmaciones, y, como quiera que en esa comunicación puede haber problemas específicos en determinados aspectos (según dicho autor, los que se refieren a lo que él denomina la verdad y la acción de las afirmaciones), en tales casos se plantea lo que HABERMAS llama el paso de la acción comunicativa al discurso. En éste todos los intervinientes se han vinculado a sí mismos para aceptar, en un contexto de total libertad e igualdad de oportunidades, los argumentos de más peso. Se habla por ello de una verdad consensual, en el sentido de que la verdad no debe entenderse como una correspondencia entre un enunciado y un hecho, sino verdad en cuanto realidad aceptada de mutuo acuerdo. Como vemos, el elemento principal de esta teoría del discurso racional es el proceso a través del cual se alcanza el consenso, por lo que se considera una teoría esencialmente procedimental.

También la de ALEXY es una teoría procedimental, en cuanto sostiene que un enunciado es correcto si es el resultado de un determinado procedimiento. Su teoría se caracteriza, muy a grandes rasgos, por estos principios básicos:

- Es posible argumentar racionalmente sobre cuestiones prácticas.
- El discurso práctico que dirige la acción es racional si cumple las condiciones de la argumentación práctica racional. Por lo tanto, la teoría del discurso general es una teoría del procedimiento de lo correcto a nivel práctico.
- Las condiciones de la racionalidad del procedimiento del discurso pueden sintetizarse en un sistema de normas o reglas de la fundamentación. Estas pueden clasificarse de muchas formas distintas, en las que, básicamente, se pueden distinguir dos grupos: 1) Las que se relacionan directamente con la estructura de los argumentos; incluyen todas las normas de argumentación racional que se refieren directamente a los argumentos. 2) Las que se ocupan del procedimiento del discurso, siendo su principal objetivo garantizar la imparcialidad de la argumentación práctica, de modo que van dirigidas a garantizar el derecho a participar en el discurso, así como la libertad e igualdad de los participantes.
- Hay puntos débiles de la teoría del discurso práctico general que para superarse requieren el establecimiento de un sistema jurídico. Esos puntos débiles provienen, por una parte, de que el sistema propio del discurso práctico permite alcanzar una solución racional -en el sentido

de que la verdad o corrección de los enunciados ha sido obtenida en función del procedimiento discursivo- sin que ello suponga que sea una solución única, en la medida que no garantiza el acuerdo, o, incluso, caso de haberse alcanzado éste, tampoco asegura que todo el mundo lo cumpla. Otro límite de esa teoría radica en que, dada la naturaleza ideal de la misma, la posibilidad de llevarla a buen término requiere que se desenvuelva en el marco de un determinado sistema de Estado -democrático y constitucional-. Ante estas limitaciones, la teoría del discurso requiere la institucionalización de un sistema jurídico a través del cual conseguir la unión de lo constitucional y lo discursivo. Desde esta perspectiva el Derecho se justifica no sólo como conjunto normativo que facilita la resolución de problemas prácticos, sino también como sistema cuya imposición coactiva está justificada.

- La argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico general, del discurso moral, en el sentido de que la teoría del discurso es capaz de definir las condiciones con las que valorar la fuerza de los diversos argumentos jurídicos. ALEXY explica esta afirmación diciendo que los argumentos jurídicos se pueden clasificar de formas muy diversas, decantándose él por una clasificación según la cual cabe diferenciar entre: a) argumentos lingüísticos (se basan en la determinación del lenguaje que existe en la realidad); b) argumentos genéticos (atienden al objeto real perseguido por el legislador); c) argumentos sistémicos (atienden a la unidad o coherencia del sistema y en el caso de los Estados constitucionales democráticos se basan fundamentalmente en los principios constitucionales); d) argumentos prácticos generales (distinguiendo los teleológicos, los cuales sopesan las consecuencias que derivan de una interpretación, y los deontológicos, los cuales exponen lo que se considera jurídicamente correcto sin atender a sus consecuencias). Pero, como quiera que esta clasificación no dice nada sobre la fuerza de cada una de esta clase de argumentos, su mayor o menor peso se determinará siguiendo las reglas del discurso práctico general.

En definitiva, el discurso jurídico es considerado por ALEXY como un caso especial del discurso práctico general, por medio del cual se pretende justificar que una proposición está racionalmente fundada dentro de un determinado

ordenamiento jurídico. Los elementos de ese discurso están constituidos por las reglas del discurso práctico general y por las reglas específicas del discurso jurídico, y dentro de este último sus reglas responden a los dos aspectos -interno y externo- de las decisiones jurídicas.

III. LA EFECTIVIDAD JUDICIAL

1. La buena Justicia

El punto de partida de este apartado de la exposición es que la efectividad judicial es una noción directamente conectada con la idea de “buena Justicia”. Esta se determina por referencia a los rasgos básicos que la configuran, los cuales son dos: la eficiencia y la legitimidad.

Por eficiencia hay que entender, siguiendo a TOHARIA, “la capacidad del sistema de Justicia para producir respuestas eficaces y efectivas a las cuestiones que le son sometidas”. Esa capacidad depende de tres aspectos: la rapidez y diligencia en la tramitación de los asuntos; la efectividad real de la sentencia o nivel de logro de ejecución de lo acordado en ella; y el grado de competencia y preparación profesional de los jueces.

La legitimidad social hace mención a la confianza y credibilidad que el sistema de Justicia merece al ciudadano de acuerdo con su nivel de imparcialidad (respeto por parte de los miembros de la carrera judicial del principio de igualdad) e independencia (separación del poder judicial del legislativo y ejecutivo); el grado de accesibilidad para los usuarios y su capacidad para dar cuenta a la sociedad de su funcionamiento de conjunto.

Pues bien, pocas dudas puede haber en cuanto a que muchas de esas notas que se vinculan a la buena Justicia guardan una relación directa con la problemática asociada a la argumentación de la sentencia que debe llevar a cabo el órgano judicial. De la somera referencia que se ha llevado a cabo sobre la evolución histórica de la relación entre la ley y el juez, como aplicador de la ley, se deduce la importancia de considerar la argumentación judicial desde su perspectiva de actividad institucional propia del Estado de Derecho. Y de las citadas teorías doctrinales sobre la argumentación jurídica se aprecia que la argumentación

judicial es una actividad esencialmente racional en la que intervienen diversos aspectos argumentativos, cuyo peso es distinto en función de las características del caso concreto sujeto a enjuiciamiento.

2. La decisión judicial como actividad institucional en el Estado de Derecho

Empecemos el desarrollo de esta afirmación diciendo que la justificación de las decisiones que adoptan los jueces en la aplicación del Derecho viene condicionada por el marco jurídico general propio del ordenamiento que aplican, pues no es lo mismo el papel del juez fuera o dentro de un Estado de Derecho basado en la separación de poderes y en la supremacía de la ley como expresión de la voluntad general. Desde esta perspectiva cabe tomar en cuenta varias consideraciones.

La argumentación judicial en un Estado de Derecho hace patente algo que no por obvio debe dejar de recordarse: argumentar consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de afirmar o refutar, razones que han de encauzarse necesariamente a través del lenguaje y de un procedimiento, rechazando la violencia como forma de solución de conflictos.

En segundo término, hablar de la dimensión institucional del Derecho nos remite al sistema jurídico como un subsistema dentro del sistema social global. Como tal hecho social, la existencia y pervivencia del sistema jurídico en un Estado de Derecho requiere la aceptación colectiva de las reglas por las que se rige ese sistema y, de igual modo, la vinculación y el deber de cumplimiento de la sentencia requieren la justificación de la decisión judicial, la cual se diferencia frente otra clase de decisiones -como son las políticas o económicas-, entre otras cosas porque se adopta a través de unos procedimientos específicos.

En tercer lugar, como quiera que las sociedades occidentales no centran la legitimidad en la autoridad y la tradición sino en el consentimiento de los afectados (democracia), la forma de legitimar la autoridad judicial se caracteriza porque, a diferencia del Parlamento -cuyos miembros ostentan una legitimidad democrática de origen, en el momento de la elección de sus miembros-, la legitimidad del juez proviene de la forma en que procede al ejercicio de su función, de las razones con las que justifica sus decisiones. La argumentación judicial cumple así un doble papel: el que se denomina "endoprocesal" o interno dentro del proceso (hacer explícitas a las partes las razones que han llevado a tomar

una decisión sobre el problema sujeto a enjuiciamiento, así como posibilitar que el escalón judicialmente superior cuente con los elementos de juicio necesarios para supervisar esa decisión) y extraprocesal o externo al proceso (hacer posible el control democrático del poder judicial).

3. La decisión judicial como actividad racional

La decisión judicial es el resultado de un proceso de carácter racional en el que no importan sólo los valores formales sino también los materiales -los criterios de fondo que llevan a inclinarse por una determinada solución-. Eso requiere una actividad necesariamente argumentada que justifique las razones de por qué se ha hecho la elección en favor de esos valores materiales. No obstante, esta afirmación hay que matizarla.

Recordando lo que antes hemos visto defendía MAC CORMICK, el proceso de decisión judicial es distinto según el juez deba resolver un “caso fácil” o un “caso difícil”. Sabemos que por el primero se entiende aquél en el que, al no discutirse las premisas, la justificación judicial se reduce a un problema de lógica; basta la justificación interna o deductiva para resolverlo. Los segundos surgen por falta de plena correspondencia entre el significado de un enunciado normativo, tal como fue concebido por su autor, y el significado que le atribuye la persona que procede a la aplicación de ese enunciado; en ese caso las premisas son discutibles y requieren su justificación, y para esto no basta la lógica deductiva sino que se requiere mostrar las razones a favor de las premisas (justificación externa de la sentencia). Ese razonamiento que lleva a cabo el aplicador de la norma supone una tarea intelectual que se desarrolla en varias fases, en el sentido de etapas del proceso de construcción mental de la decisión, que son: A) fase de delimitación de las premisas normativa y fáctica (fijación de los hechos y la selección de una norma, atribuyendo a ésta un significado); B) fase de decisión judicial (momento final del proceso sentenciador).

3.1. Los componentes lógicos y valorativos de las distintas fases de la decisión judicial.

De las dos fases que se ha dicho pueden apreciarse en el desarrollo de la decisión judicial, la primera de ellas -delimitación de las premisas fáctica y normativa- implica una actividad lógica y valorativa.

El que la delimitación de la premisa fáctica no venga directamente determinada por la realidad y requiera una actividad judicial valorativa trae su causa de varias razones. Una de ellas es que la información que recibe el juez se la suministran las partes, de forma que muchas veces es contradictoria. Otra de que los medios de prueba a través de los cuales se obtiene esa información son tasados y están sujetos a las reglas de los procedimientos probatorios, al amparo de los cuales no se podrá aceptar la prueba ilícitamente obtenida; a su vez, la prueba que sea lícita y se pueda aceptar habrá de someterse a unas reglas de proposición y práctica determinadas. Otra razón que exige la valoración judicial para la concreción de la premisa fáctica trae su causa de la elección de la cantidad de información que se selecciona como relevante a efectos de delimitar la situación que se enjuicia; es el problema de la “inabarcabilidad de la descripción”, ya que toda situación en la que podemos encontrarnos posee una serie indefinida de características de entre las que hemos de seleccionar sólo aquella parte de las mismas que sean relevantes para los problemas a enjuiciar. Por lo tanto, todas estas circunstancias hacen surgir problemas referidos a la delimitación de la premisa fáctica cuya resolución no puede dilucidarse con criterios puramente lógicos.

También la delimitación de la premisa mayor o normativa de la decisión judicial implica un proceso de elección de la norma aplicable, la constatación de la vigencia y legitimidad de esa norma y, finalmente, la atribución a ésta de significado, en el curso del cual pueden surgir problemas, cuya respuesta se obtendrá en parte gracias a los métodos técnicos de interpretación de las normas (literal, sistemático, histórico, intencional o psicológico, de reducción al absurdo, de interpretación “a contrario”, criterio de mayor razón, etc.) y en parte gracias a otros factores que no son puramente lógicos, sino valorativos -psicológicos y culturales-, tales como la realidad social del momento en que se aplica la norma, la coherencia del sistema, la universalidad de la decisión, la adecuación de las consecuencias, etc.

Ahora bien, el que tanto en la formación de la premisa menor como mayor intervengan elementos valorativos que no son puramente lógicos no quiere decir en modo alguno que esa fase de la sentencia sea irracional (arbitraria), pues irracional es sólo aquello que carece de razones y la delimitación de las premisas de la decisión judicial se obtiene a través de un proceso de racionalización, lo que ocurre es que ese proceso es diferente al de la lógica formal o deductiva, en el sentido de que el razonamiento de la justificación de la sentencia no implica el desembocar en una conclusión necesaria, sino la enunciación de argumentos

racionales que sustentan la hipótesis de decisión que se considera la mejor. En este quehacer las razones de justificación pueden ser muy diversas, siempre que sean buenas, porque justificar una decisión judicial es precisamente mostrar las buenas razones en las que se apoya el juez.

En cuanto a la fase de decisión judicial, puede decirse que, a diferencia de la fase de conformación de las premisas normativa y fáctica, sí desaparecen en ella los elementos valorativos, sujetándose el juez a las puras reglas de la lógica, pues, una vez sentadas aquellas premisas, la conclusión se obtiene a través de un proceso de inferencia lógica que se plasma en el fallo.

3.2. La racionalidad de la decisión judicial del caso concreto.

Hemos visto a través de las posiciones de los autores antes citados que en materia de argumentación judicial hay que diferenciar entre concepto y concepciones de la argumentación. El concepto hace mención a los rasgos exigibles en todo proceso de argumentación. Las concepciones se refieren a las diversas maneras de dar forma a esos rasgos que deben estar presentes en toda argumentación, a los enfoques desde los que se estudian los elementos que integran una argumentación. Pero, al margen de estas diferencias, puede verse que -recordamos que seguimos en este planteamiento la doctrina de ATIENZA RODRIGUEZ- en todos los casos los aspectos en los que incide la argumentación judicial son tres: el formal, el material y el pragmático.

El aspecto formal de una argumentación judicial se refiere a la parte de la misma que hace abstracción de cómo es la realidad para ocuparse sólo del proceso de inferencia formal, de la conclusión que se extrae a través del proceso deductivo (interesa el paso de las premisas a la conclusión), de forma que se desentiende de la corrección o verdad de las premisas, pues el argumento deductivamente válido será aquél en el que a partir de unas premisas verdaderas se obtiene necesariamente una conclusión verdadera. Por esta razón ese aspecto formal aporta una gran ayuda en el análisis de la estructura del razonamiento judicial, pues ayuda a comprender cómo se relacionan entre sí los diversos argumentos parciales y cómo reconducen todos ellos a las conclusiones.

Por el contrario, en el aspecto material de la argumentación judicial las premisas y la conclusión son enunciados aceptados como correctos o verdaderos por el que argumenta; por tanto, lo esencial son las buenas razones a favor o en

contra de alguna tesis, las razones a partir de las cuales se obtienen las premisas, las cuales deben contener enunciados verdaderos y aportar razones relevantes o de peso para la conclusión.

En cuanto al aspecto pragmático, su importancia proviene de que la argumentación judicial se desenvuelve en un proceso de interacción social, de forma que esta perspectiva de los argumentos se centra en los mecanismos que conducen a la aceptación de una tesis, ocupando una posición particularmente relevante el procedimiento por medio del cual se puede persuadir al otro, que en este caso es el auditorio universal del que hablaba PERELMAN.

En relación con esta última idea de falta de persuasión de los argumentos en que se basa una decisión judicial, es oportuno mencionar que algunos ordenamientos jurídicos contemplan la posibilidad de que un magistrado integrante de un órgano judicial colegiado que considera que los argumentos de los demás miembros del tribunal no son persuasivos, exteriorice su discrepancia. Este es el caso seguido por el ordenamiento español, bajo la forma del denominado “voto particular” que se contempla en el art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Pero, volviendo a la presencia que tienen los tres indicados aspectos de la argumentación en la motivación de la decisión judicial, cabe sostener que lo importante es que ésta sea **racionalmente adecuada al caso**, de forma que aquellos rasgos se combinarán o aparecerán en una mayor o menor proporción en función de las características del contexto del caso sujeto a controversia. En la práctica esto quiere decir que la buena sentencia ha de contener una motivación que reúna una serie de características destacadas por la doctrina del Tribunal Constitucional español en diversas ocasiones. En concreto, dicho Tribunal ha indicado que la motivación de la decisión judicial ha de ser:

- 1º) **Real o verdaderamente fundada en Derecho.** A este respecto la sentencia del Tribunal Constitucional nº 149/05 recoge: *“... el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en se-*

gundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). ... Sin embargo, el derecho sí conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues **tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia** (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6)“ (55/2003, de 24 de marzo, FJ 6)“.

2º) **Congruente o adecuada a las posiciones que mantienen las partes procesales.** En este sentido indica la sentencia del Tribunal Constitucional nº 264/05: *“La congruencia viene referida desde un punto de vista procesal al deber de decidir por parte de los órganos judiciales resolviendo los litigios que a su consideración se sometan, a su potestas en definitiva, exigiendo que el órgano judicial ofrezca respuesta a las distintas pretensiones formuladas por las partes a lo largo del proceso, a todas ellas, pero sólo a ellas, evitando que se produzca un “desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido”* (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3; ó 174/2004, de 18 de octubre, FJ 3; entre muchas otras).

4. El control de los argumentos de la decisión judicial

Se ha destacado que el propósito último de las teorías de la argumentación consistía en proporcionar un esquema de análisis que permitiera evaluar una decisión judicial; es decir, su valoración racional. Esa valoración vuelve a ser distinta según la fase de la decisión judicial que se tome en cuenta, dado el componente de los elementos que intervienen en una y otra.

Habíamos quedado en que la fase de delimitación de las premisas normativa y fáctica incorpora elementos cognitivos y valorativos. Pues bien, el carácter racional de los elementos cognitivos se apreciará a partir de los criterios técnicos que hayan permitido pasar al órgano judicial del enunciado sujeto a interpre-

tación al enunciado una vez interpretado. Mientras, la racionalidad de los elementos valorativos tendrá que hacerse en función de criterios de razonabilidad, entendida ésta como ponderación de si existen o no razones de peso suficiente que justifican la decisión y en esa ponderación juegan un papel esencial no sólo los mandatos incorporado a las reglas que encierran las normas jurídicas, sino también los principios y valores del sistema.

Desde esta perspectiva hemos de considerar que el Derecho, puesto que consiste básicamente en un conjunto de normas que regulan con justicia el comportamiento social de las personas, también suministra razones para sopesar una decisión judicial, pero no los criterios últimos para evaluar esas razones. Esa evaluación ha de hacerse con arreglo a pautas extrajurídicas que revelen la aplicación por parte del juez de unos valores morales. Ahora bien, admitir esa conexión entre Derecho y moral tiene varias consecuencias.

La primera sería aceptar un mínimo de objetivismo moral en la sociedad, porque, si se parte de la base de que el mundo de los valores y la moral es completamente subjetivo, difícilmente podrá admitirse que el Derecho pueda tener una aplicación racional.

La segunda pasa por concretar qué valores son éstos cuya protección se encomienda a los jueces. Desde esta perspectiva resulta claro que las personas que aplican el Derecho tienen concepciones del mundo y de la vida dispares cuando no contradictorias, pero no por ello los principios morales que han de estar presentes en las decisiones de un juez han de ser los suyos personales, sino los que resulten coherentes con el sistema jurídico en el que se inscribe su resolución. Por tanto, la construcción de las premisas que desembocan en la decisión judicial debe responder a los valores superiores y a los principios que representa la ideología jurídico-política recogida en el texto constitucional, porque, tal como hemos visto, las Constituciones modernas son algo más que reglas de organización de las instituciones jurídicas, y, como también se ha dicho, las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial han incorporado preceptivamente criterios morales en el Derecho positivo, como también lo han hecho los ordenamientos internacionales a través de una regulación de los Derechos Fundamentales.

Podemos por ello resumir que la presencia de elementos valorativos en la decisión judicial no supone que el juez cuente con plena libertad para aplicar los

principios morales que él entiende más convenientes en cada caso de acuerdo con su ideología política y ética. Antes bien, los principios morales que puedan aparecer en una decisión judicial sólo se podrán considerar justificados si revelan la aplicación del Derecho por parte de su intérprete. Esta es la racionalidad que se debe controlar en la construcción de las premisas fáctica y normativa de la decisión judicial. Por el contrario, el control de la racionalidad del último momento de la decisión judicial sólo depende de la correcta aplicación de las reglas de la pura lógica deductiva.

Muito obrigada pela atenção.





IV CURSO DE FORMACIÓN INICIAL DE MAGISTRADOS DEL TRABAJO

Aula inaugural realizada en Brasilia, el 10 de septiembre de 2007

D. JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Licenciado en Derecho, Graduado Social y Diplomado en Práctica Jurídica por la Universidad de Santiago de Compostela. En 1989 superó las oposiciones de ingreso en la Carrera Fiscal, en la cual está en excedencia, y en la Carrera Judicial, en la cual está desde entonces en activo. En 2000 superó las pruebas de Especialización Judicial en el Orden Social. Desde 2001, se encuentra destinado en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Autor de varios libros, entre otros temas, sobre acoso sexual, trabajo a tiempo parcial, salud laboral, derechos de maternidad, permiso de paternidad y principio de transversalidad. Numerosos trabajos publicados en revistas especializadas sobre Derecho del Trabajo en España, Brasil, México, Perú y Uruguay. Coordinador del Grupo de Expertos/as que elaboró el texto base para el Anteproyecto de la Ley Orgánica de igualdad efectiva de mujeres y hombres de España.



PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DERECHO A NO SER DISCRIMINADO EN LAS RELACIONES DE TRABAJO¹

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El artículo 14 de la Constitución Española – en adelante, la CE – establece que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social”*. Tal redacción se interpreta como comprensiva, tanto de los dos aspectos clásicos del principio de igualdad –el principio de igualdad ante la ley y el principio de igualdad en la ley-, como del derecho a no ser discriminados.

¹ Este texto fue elaborado y sirvió de base para la Conferencia pronunciada el 11 de febrero de 2008 en el Aula Inaugural del 4º Curso de Formación Inicial de la Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados de Trabalho, ENAMAT. Quiero desde aquí destacar el alto honor y la inmensa satisfacción que me ha supuesto esa participación, y agradecer muy profundamente la hospitalidad con la que fui recibido, y que personificó en el Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Director de la ENAMAT, y en el Ministro Renato de Lacerda Paiva.



No dirigiéndose nuestro estudio al análisis general del principio de igualdad, sino a su aplicación particular en las relaciones laborales, daremos unas breves pinceladas sobre qué supone el principio de igualdad ante la ley y el principio de igualdad en la ley, y cuál es el test de igualdad, para pasar a ver en qué medida resulta aplicable en las relaciones laborales. Por el contrario, el derecho a no ser discriminados no es un derecho inusual en las relaciones laborales, y en ellas tiene un ámbito normal de aplicación.

1. El principio de igualdad ante la ley y el principio de igualdad en la ley.

Ya la Revolución Francesa situaba la igualdad como un valor fundamental del sistema democrático: *"Libertad, igualdad y fraternidad"*. Igualdad en contraposición al Antiguo Régimen donde cada cuál ocupaba un lugar determinado, con estatutos privilegiados y con fueros especiales. Pero la construcción liberal del derecho a la igualdad la concebía sólo como igualdad ante la ley: la ley se debe aplicar a todas las personas –nadie puede estar por encima de la ley- y se debe aplicar con criterios uniformes –prohibición de la arbitrariedad-. De este modo, no se garantizaba la igualdad en la ley. Poniendo un ejemplo histórico significativo, la exigencia de igualdad no se incumplía si la ley exigía un condicionante económico para el voto –sería un sufragio

censitario- porque ese condicionante se aplicaba de una manera uniforme a toda la ciudadanía.

La igualdad ante la ley vincula al Poder Ejecutivo sin especiales dificultades aplicativas –y así lo ha aplicado desde siempre nuestro Tribunal Constitucional-: las Administraciones no pueden incurrir en arbitrariedades, y, en consecuencia, no se pueden separar del precedente administrativo, salvo si resulta ilegal al no haber igualdad en la ilegalidad.

Sí aparecen dificultades aplicativas con el Poder Judicial debido a las exigencias de la independencia judicial que, en los ordenamientos continentales, han llevado a un sistema de no vinculación del precedente, a diferencia de los anglosajones. Nuestro Tribunal Constitucional ha elaborado un sistema original que, aunque permite a los órganos judiciales separarse del criterio de otros órganos judiciales de rango superior, e incluso del suyo propio anterior, obliga a expresar y a razonar el cambio.

Por lo demás, debemos esperar a la aparición y consolidación, a principios del Siglo XX, de sistemas de control de constitucionalidad para la vinculación del Poder Legislativo, con el consiguiente reconocimiento del principio de igualdad en la ley, como así siempre lo ha entendido el Tribunal Constitucional –a pesar de la escasa contundencia del artículo 14 de la CE-, aunque ha sido siempre flexible, para respetar el principio de soberanía popular, en la aplicación de la igualdad por el Poder Legislativo.

2. El test de igualdad

El cumplimiento de la exigencia de igualdad ante o en la ley, que vincula al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial, se mide sobre los siguientes requisitos –que están inspirados en la doctrina sobre igualdad elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos-:

- (a) la existencia de supuestos de hecho comparables, al existir una elevada proporción de elementos comunes, aunque pueda haber alguna diferencia si no es significativa y no desvirtúa la esencia de la identidad;
- (b) la concurrencia de la razonabilidad o de la irrazonabilidad de la diferencia de tratamiento jurídico entre supuestos de hecho comparables; y

- (c) el criterio de la proporcionalidad con la finalidad de valorar la concurrencia de la razonabilidad o de la irrazonabilidad de la diferencia de tratamiento jurídico entre supuestos de hecho comparables.

3. Principio de igualdad y relaciones laborales

Por todo lo expuesto, se podría concluir que, siendo el principio de igualdad ante o en la ley exigible frente a los Poderes Públicos cuando actúan en ejercicio del Poder Público, no se aplicaría a las relaciones laborales, que, ajenas al ejercicio del Poder Público, se encontrarían sometidas al principio de autonomía de la voluntad. De este modo, el principio de autonomía de la voluntad justificaría las diferencias en las condiciones de trabajo, y, en concreto, las diferencias salariales siempre que no resulten diferencias salariales discriminatorias (STC 34/84, de 9.3).

Sin embargo, esta afirmación merece alguna matización porque la jurisprudencia constitucional española ha admitido determinadas aplicaciones del principio de igualdad en las relaciones laborales fuera del ámbito de ejercicio de las propias competencias de los Poderes Públicos:

1º La aplicación más importante se deriva de la posibilidad de contratación laboral por las Administraciones Públicas, ya que, en esa condición subjetiva de Administraciones Públicas y aunque no estén en el ejercicio de los Poderes Públicos, están vinculadas al principio de igualdad ante la ley y a la interdicción de la arbitrariedad en la totalidad de sus actuaciones, incluso si actúan como empleadores (STC 161/91, de 18.7).

Ahora bien, esta vinculación a la igualdad ante la ley admite tratamientos diferenciales sustentados en condiciones objetivas vinculadas con el puesto de trabajo, y así no lo vulneran las diferencias retributivas entre el personal funcionario y el personal laboral (STC 269/93, de 20.9). Realmente, es una aplicación del test de igualdad, que no impide tratamientos diferenciales si la diferencia es razonable y es proporcionada.

2º También se ha afirmado la sumisión de la autonomía colectiva al principio de igualdad cuando se trata de dobles escalas salariales que establecen condiciones retributivas diferentes para los trabajadores de nuevo ingreso en la empresa, prohibiéndolas si no se justifican objetiva y proporcionalmente en un determinado contexto, de modo que son lícitas:

- a) Cuando la retribución en función de la antigüedad sea el principio informador de todas las categorías profesionales –STC 119/2002, de 20.5-,
- b) Cuando hay compensaciones por el trato salarial peyorativo, valorándose además si esa diferencia es transitoria –STC 27/2004, de 4.3-.

II. IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN

Tras la Segunda Guerra Mundial, el principio de igualdad, hasta entonces limitado a aspectos formales, se ha enriquecido con exigencias materiales: no es suficiente con la igualdad ante y en la ley porque se mantendría la desigualdad social bajo una apariencia de igualdad legal, siendo necesario abordar un cambio real en la vida de las personas integradas en colectivos socialmente tratados de una manera peyorativa. Surge así el derecho a no sufrir discriminación, con matices diferentes al principio de igualdad, y que se pueden enumerar en los siguientes términos:

- a) Su diferente ámbito de actuación. El principio de igualdad tanto puede operar respecto a personas como a cosas y en principio se refiere a la actuación de los poderes públicos. La prohibición de discriminación sólo opera respecto a personas, consideradas individualmente u organizadas en grupos, y tanto se refiere a poderes públicos como a relaciones privadas.
- b) El distinto significado de la paridad. El principio de igualdad permite las desigualdades razonables. La prohibición de discriminación obliga a un escrutinio estricto en la valoración de la desigualdad contra las personas integradas en el colectivo sometido a discriminación. De ahí la importancia de la absoluta paridad a efectos de la tutela antidiscriminatoria.
- c) La amplitud de la prohibición de discriminación, al abarcar tanto la prohibición de discriminación directa como de discriminación indirecta, y las varias conductas de acoso –sexual, sexista, moral y discriminatorio-.
- d) El diferente alcance del principio de igualdad, limitado a evitar la arbitrariedad –igualdad formal-, frente a la prohibición de discriminación, tendente, además, a erradicar las diferencias reales y los prejuicios sociales –igualdad material-. De ahí la admisión de la acción positiva y, en algunas ocasiones, los regímenes de cuotas. La erradicación de los prejuicios debidos al sexo / género es, asimismo, la finalidad de la transversalidad.

En consecuencia, y mientras el principio de igualdad se traduce en una exigencia de razonabilidad en el tratamiento jurídico no necesariamente vinculada a los derechos humanos, la prohibición de discriminación trasciende la técnica jurídica y se justifica en la dignidad de las personas, que deben ser tratadas como personas y sin someterse a prejuicios peyorativos vinculados con una circunstancia personal o social. De ahí que la igualdad siga siendo un principio mientras que la prohibición de discriminación sea un auténtico derecho humano a no ser discriminado.

III. LAS FUENTES NORMATIVAS DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

La discriminación es un fenómeno de carácter polimórfico caracterizado por la pluralidad de causas y de manifestaciones. Ciertamente, la totalidad de las discriminaciones ostentan un denominador común, que es la consideración peyorativa hacia un grupo humano derivada de prejuicios arraigados en la sociedad. Pero a partir de ese denominador común difieren las causas de la discriminación, y, difiriendo las causas, difieren las manifestaciones. Hablando desde la perspectiva jurídica, esa variedad de causas y de manifestaciones obliga a que los mecanismos de tutela no puedan ser idénticos para todas las formas de discriminación, adaptándose la tutela jurídica a la realidad de las cosas para ser más eficaz.

Basten algunos ejemplos. Una reserva de empleo es una técnica de tutela antidiscriminatoria admisible a favor de las personas discapacitadas, aunque sería inadmisibles, por contrario a la libertad sindical negativa o de no afiliación a sindicato, a favor de los/as afiliados/as a un sindicato. La prohibición de trabajar, aplicable para proteger a los menores de edad, es un mecanismo de tutela difícilmente extensible a las demás formas de discriminación, y claramente rechazable si se tratase de mujeres. O la estrategia de transversalidad, que es operativa cuando hablamos de mujeres debido a la extensión de los prejuicios de género, en otros ámbitos lleva el riesgo de difuminar los esfuerzos –incluso presupuestarios– contra la discriminación.

Y esa variedad en la tutela –especialidad de la tutela– ha llevado a una variedad en los marcos normativos de referencia –especialidad de las fuentes–. Es decir, no sólo se regulan medidas no exactamente idénticas, sino que, además, se regulan en normas no exactamente idénticas. Una especialidad de las fuentes que se aprecia claramente en el derecho comunitario. Mientras la tutela comunitaria

contra la discriminación por sexo arranca de los Tratados de Roma, de 1957, y a su amparo se han dictado una docena de directivas y otros actos comunitarios, la tutela comunitaria contra otras causas de discriminación arranca del Tratado de Amsterdam, 1998, y a su amparo se han dictado solamente dos directivas.

En el derecho interno español, y además del reconocimiento constitucional general que aparece en el artículo 14 de la CE, el derecho a no ser discriminado se desarrolla, cuando hablamos de discriminación por razón de sexo / género, en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y, cuando hablamos de discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual, en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que fue la ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para el 2004, una ley inapropiada para tal regulación.

Naturalmente, las referencias a la prohibición de no discriminación por alguno de los motivos expuestos, o por algún otro reconocido legal o judicialmente –por la modalidad del contrato temporal o a tiempo parcial, por razón de la lengua o por afiliación sindical –, aparecen doquiera a lo largo de las normas internas españolas, y, en particular, en las normas laborales, que contienen numerosas referencias al derecho de los/as trabajadores/as a no ser discriminados/as, y, más concretamente, el reconocimiento general de ese derecho dentro de la relación de trabajo – artículo 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores –, y la prohibición general de tratamiento discriminatorio – artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores.

A partir de estas fuentes normativas, se pasan ahora a detallar los conceptos básicos de la tutela antidiscriminatoria: discriminación directa; discriminación por maternidad; discriminación indirecta; acoso sexual, acoso sexista, acoso moral y acoso discriminatorio; acciones positivas y regímenes de cuotas; el prin-



cipio de transversalidad de la dimensión de género; las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva; el contenido de la sentencia. Hágase la advertencia de que, como la discriminación por razón de sexo / género es la más desarrollada en las leyes españolas y es la más aplicada en la doctrina judicial, la construcción dogmática se hará sobre esa forma discriminación, destacando las especialidades de las otras.

IV. DISCRIMINACIÓN DIRECTA

El derecho español contiene una definición, que se inspira en el derecho comunitario, de discriminación directa por razón de género / sexo como *“la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable”* –artículo 6 de la LOIEMH-. Con la referencia expresa a *“en atención a su sexo”* se nos pone en la pista del elemento central de la discriminación sexista directa: la intención de discriminar. Quien así discrimina sabe que discrimina porque su actuación se basa abiertamente en el sexo de la víctima –es la discriminación directa abierta-, o en una circunstancia inherente al sexo de la víctima –como las diferencias físicas existentes entre mujeres y hombres, y significativamente la discriminación por maternidad, es la discriminación directa oculta-.

Al ser una discriminación intencional, no se admiten excepciones a la discriminación directa, salvo la excepción de buena fe ocupacional. La cuestión es importante en el ámbito de la discriminación por razón de sexo / género en la medida en que –incluso avaladas en tratados internacionales- existen en numerosos ordenamientos jurídicos normas protectoras de las mujeres que, en realidad, perpetúan el estereotipo de la *“fragilitas sexus”* y las encierran en una *“jaula de oro”*. El Tribunal Constitucional ha considerado discriminatorias por *“falsamente protectoras”* las leyes que impedían a las mujeres ser pilotos de aviación de las fuerzas armadas –STC 216/91, de 14.11-, o trabajar dentro de las minas –STC 229/92, de 14.12-.

De este modo, la única excepción admisible de la discriminación sexista indirecta es la excepción de buena fe ocupacional, ya que *“no constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a*

la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objeto sea legítimo y el requisito proporcionado” –artículo 5 de la LOIEMH-. Una excepción, dicho sea de paso, más habitualmente utilizada por el Poder Público que por el Sector Privado.

Para comprender el alcance de la excepción es conveniente recordar que, según la jurisprudencia emanada del TJUE, el sexo se consideró un factor determinante para trabajos como los de vigilantes de prisiones –STJUE de 30.6.1988, Comisión contra Francia-, o los de policía en una situación de graves disturbios internos –STJUE de 15.4.1986, Caso Johnston-. También para los empleos militares con destino en unidades especiales de combate –STJUE de 26.10.1999, Caso Sirdar-. Sin embargo, sí se consideró discriminatoria contra las mujeres una exclusión total de los empleos militares con un uso de armas, salvo en las unidades sanitarias y en las formaciones de música militar –STJUE de 11.1.2000, Caso Kreil-.

Igualmente el derecho español contiene definiciones semejantes de discriminación directa por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual, y de excepción de buena fe ocupacional –artículos 28 y 34 de la Ley 62/2003-. Tal excepción de buena fe ocupacional ampara, dentro de sus límites, la imposición de exigencias ideológicas cuando la empresa sea de las llamadas de tendencia. Al respecto, es destacable la reciente ratificación desde la perspectiva del artículo 14 de la CE del régimen de contratación de profesores de religión, que está sometido a una declaración eclesiástica de idoneidad –STC 38/2007, de 15.2, y otras posteriores que son idénticas-.

V. DISCRIMINACIÓN POR MATERNIDAD

La discriminación por embarazo o maternidad, que es una discriminación directa oculta, es un ejemplo excelente para observar como la prohibición de discriminación se transforma en un derecho a no ser discriminado. Si se afirma –artículo 8 de la LOIEMH- que *“constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”*, debemos concluir que su prohibición perdería gas si los Poderes Públicos no se comprometiesen a garantizar el coste cero de la maternidad para

la mujer trabajadora y para las empresas –que, si se viesen excesivamente gravadas, podrían optar por no contratar mujeres, produciéndose un indeseable “efecto boomerang”-. Por ello, se explica que “la protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia” constituya un criterio general de actuación de los Poderes Públicos –artículo 14 de la LOIEMH-.

Resulta conveniente, para comprender las novedades sobre discriminación por embarazo o maternidad y condiciones de trabajo contenidas en la LOIEMH, recordar de una manera breve la jurisprudencia comunitaria sobre discriminación por embarazo, que se inicia en la STJUE de 8.11.1990, Caso Dekker, donde se consideró discriminatoria sexista la no contratación de una trabajadora a causa de su embarazo. Para apreciar la discriminación, se utilizó un test diferente al tradicional de comparación entre mujer y hombre en situación comparable, simplemente porque no existe situación comparable en el hombre a la del embarazo de la mujer. El test utilizado –denominado test “but for”- es un test de sustitución –no de de comparación, inaplicable al mediar un embarazo-: se trata de cambiar, en una situación dada, el sexo del sujeto para verificar si las consecuencias jurídicas son o no idénticas. Si no lo son, se entiende hay discriminación.

Más adelante, se mantuvo la existencia de discriminación aunque el empleador justificase el despido en una prohibición legal de trabajos peligrosos durante el embarazo –SSTJUE de 5.5.1995, Caso Habermann-Belterman, de 14.7.1994, Caso Webb, y de 3.2.2000, Caso Mahlburg-, en el carácter temporal del contrato de trabajo –STJUE de 4.10.2001, Caso Tele Danmark-, o en la ausencia de información de la trabajadora de su embarazo –STJUE de 27.2.2003, Caso Busch-. También se ha aplicado a la remuneración –SSTJUE de 13.2.1996, Caso Gillepie, de 21.10.1999, Caso Lewen, y de 30.3.2004, Caso Alabaster-, y a la promoción –STJUE de 30.4.1998, Caso Thibault-, aunque, cuando se trata de mejoras pactadas del régimen legal de la licencia de maternidad, se admiten restricciones –STJUE de 27.10.1998, Caso Boyle-, y, si compensan inconvenientes de la maternidad, no discrimina a varones –STJUE de 16.9.1999, Caso Renault-.

Dos recientes casos surgidos en España culminan, de momento, esta jurisprudencia comunitaria. En la STJUE de 18.3.2004, Caso Merino Gómez, se ha resuelto la no consunción de las vacaciones con el disfrute de la licencia de maternidad. Y en la STJUE de 16.2.2006, Caso Sarkatzis Herrero, se reconoce el derecho de una empleada pública en permiso de maternidad al cómputo del tiempo de su disfrute.

te a efectos de antigüedad cuando ese disfrute determinó el aplazamiento de su toma de posesión. Trátase nuevamente de aplicaciones del test de sustitución: si se tratase de un hombre, no estaría en licencia de maternidad, y, en consecuencia, no perdería ni vacaciones ni antigüedad. Por lo tanto, las vacaciones y la antigüedad de la trabajadora en licencia de maternidad se le deben respetar. Se trataría, dicho en términos gráficos, de que la trabajadora no sufriera el coste de ser madre en sus derechos derivados de la prestación de servicios.

El Tribunal Constitucional español tiene una nutrida jurisprudencia sobre discriminación por embarazo, e incluso se adelantó a la jurisprudencia comunitaria en su consideración como discriminación sexista –que arranca desde las SSTC 94/84, de 16.10, y 166/88, de 26.9-.

VI. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

El derecho español contiene una definición, que se inspira en el derecho comunitario, de discriminación directa por razón de género / sexo como *“la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”* – artículo 6 de la LOIEMH-. A diferencia de la discriminación directa, caracterizada por la intencionalidad, la indirecta se define por su resultado discriminatorio y por la ausencia de justificación.

Nuestro Tribunal Constitucional ha aplicado en varias ocasiones la prohibición de discriminación sexista indirecta en el ámbito de las relaciones laborales. La STC 145/91, de 1.7, que es un auténtico *“leading-case”*, se refería a una reclamación salarial de trabajadoras que, integradas en una categoría predominantemente femenina – limpiadoras-, percibían una retribución inferior a pesar de realizar trabajos de igual valor a los trabajadores de una categoría predominantemente masculina – peones-.

Varias sentencias posteriores ratificaron, siempre en el ámbito de la discriminación retributiva entre mujeres y hombres, diversos aspectos de la doctrina contenida en esa sentencia constitucional –SSTC 145/92, de 13.10, 58/94, de 28.2, 286/94, de 27.10, 147/95, de 16.10, y 250/00, de 30.10-.

La STC 240/99, de 20.10, abordó un supuesto de discriminación sexista indirecta en las condiciones de trabajo y, en concreto, en el derecho de acceso a la excedencia para el cuidado de hijos, que se denegaba a los funcionarios públicos interinos, afirmando la existencia de discriminación sexista indirecta porque, valorando tanto los datos estadísticos como la realidad social imperante, las mujeres son quienes la usan habitualmente.

Y la STC 253/2004, de 22 de diciembre, consideró inconstitucional, por vulneración del principio de igualdad y por su carácter discriminatorio indirecto, el sistema – artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores anterior al Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre- de cómputo de las carencias de los trabajadores a tiempo parcial por horas efectivamente trabajadas, argumentando, sobre el carácter discriminatorio indirecto, que, según la EPA, los trabajadores a tiempo parcial son mayoría de mujeres.

No siendo intencional el impacto adverso, éste se puede justificar en razones empresariales ajenas al motivo de la discriminación. Y la eficacia práctica del concepto depende de la valoración de esas razones. Si es de mera oportunidad, el concepto se difumina, pero si es de necesidad estricta, el concepto es más eficaz. De hecho, en los Estados Unidos de América, donde nació el concepto –en 1971, en el Caso Griggs versus Duke Power Company del Tribunal Supremo-, sufrió un claro deterioro al permitir las justificaciones de mera conveniencia –Caso Wards Cove Packing Company versus Atonio, 1989-, y se acabó recuperando la exigencia de necesidad estricta a través de la intervención legislativa –la Civil Rights Act de 1991-.

Nuestro Tribunal Constitucional ha acogido, para admitir límites de los derechos fundamentales, el criterio de la proporcionalidad, que comprende tres subjuicios, el de idoneidad – la medida debe ser susceptible de conseguir el fin propuesto-, el de necesidad – no debe haber otra medida más moderada –, y el de proporcionalidad en sentido estricto –se derivan de esa medida más beneficios que perjuicios-, un criterio que ha nacido en el ámbito de la relación laboral –STC 99/1994, de 11 de abril, STC 6/1995, de 10 de enero, STC 136/1996, de 23 de julio, STC 98/2000, de 10 de abril-.

Por ello, no debiera existir duda alguna razonable en la aplicación de ese criterio de proporcionalidad, que comprende el de necesidad, para valorar la justificación de una medida de impacto adverso. En todo caso, el Tribunal Cons-

titucional ha rechazado el interés público en la cobertura urgente de la plaza como justificación para negar el derecho a excedencia voluntaria de funcionaria con cinco años de antigüedad – STC 240/1999, de 20 de diciembre-, o el principio de contributividad del Sistema de Seguridad Social como justificación de un cómputo de carencia perjudicial para quien trabajó a tiempo parcial –STC 253/2004, de 22 de diciembre-.

VII. ACOSO SEXUAL, ACOSO SEXISTA, ACOSO MORAL Y ACOSO DISCRIMINATORIO

Se define el acoso sexual, *“sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal ... (como) cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”*, y el acoso sexista como *“cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”* –artículo 7 de la LOIEMH-.

Y el acoso discriminatorio como *“toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”* – artículo 28 de la Ley 62/2003-.

Atendiendo a esas definiciones, el acoso sexual, el acoso sexista y el acoso discriminatorio son la intersección de discriminación – en alguna de sus variedades- y acoso moral. No existe, sin embargo, una definición legal de acoso moral, y los órganos judiciales suelen utilizar las aportadas por los estudiosos de las ciencias sociales (como Leymann o Hirigoyen), de las cuales se deduce ser una conducta sistemática, recurrente y prolongada de una o varias personas destinada a aniquilar a otra persona para expulsarla del entorno laboral.

Todos los acosos son riesgos laborales, de modo que, sin perjuicio de la aplicación de las normas de tutela antidiscriminatoria cuando se trate de acoso sexual, sexista o discriminatorio, deben ser prevenidos, y, en el supuesto de ausencia o insuficiencia de las medidas de prevención, se generará la responsa-

bilidad de la empresa como deudor legal de seguridad, que incluye indemnizaciones de daños y perjuicios. Por otro lado, si se produjeron secuelas físicas o psíquicas derivadas de acoso sexual, sexista, moral o discriminatorio, se consideran derivadas de accidente de trabajo.

VIII. ACCIONES POSITIVAS

La LOIEMH regula un marco de adopción de medidas de acción positiva que concreta las abstractas normas internacionales –el artículo 4.1 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer-, comunitarias –el artículo 141.4 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, versión Amsterdam- y constitucionales –los artículos 9.2 y 14 de la Constitución-. Al respecto, su artículo 11, apartado 1, establece que *“con la finalidad de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres (y) tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”*.

No se trata de una simple habilitación de adopción de medidas de acción positiva dirigida a los Poderes Públicos. Éstos las *“adoptarán”*. Se trata, en consecuencia, de una norma jurídica de carácter obligatorio. Una obligación que –siguiendo sustancialmente la caracterización doctrinal de las acciones positivas– se desenvolverá dentro de determinadas exigencias:

1ª Su finalidad es *“hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad”*, esto actúan más sobre los efectos que sobre las causas.

2ª Las acciones consistirán en *“medidas específicas”*, es decir no supondrán regulaciones completas separadas para hombres y para mujeres.

3ª Como es característico de las medidas de acción positiva, se acordarán de manera unilateral –no bilateral- *“a favor de las mujeres”*.

4ª El presupuesto de hecho de las medidas son *“situaciones patentes de desigualdad de hecho (de las mujeres) respecto de los hombres”*.

5ª Implícitamente se deriva su temporalidad de la circunstancia de que *“serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones”*.

6ª Al suponer perjuicio para personas individuales, son *“razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”*.

Por lo demás, el artículo 11, apartado 2, establece que *“también las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley”*. Mientras las acciones positivas públicas –las del apartado 1- se sujetan a unos límites más generales, las privadas –las del apartado 2- exigen una habilitación legal expresa que operará conforme a unos límites de carácter más concreto. De este modo, las acciones positivas privadas se sujetan al principio de legalidad de una manera más estricta que las acciones positivas públicas.

Aunque la regulación general de las acciones positivas es más completa cuando se trata de la regulación de la discriminación por razón de sexo / género, la posibilidad de medidas de acción positiva es admisible tratándose de cualquier forma de discriminación y, en concreto, se establece que *“para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección”* –artículo 35 de la Ley 62/2003, y parecidamente artículo 30-.

IX. RÉGIMENES DE CUOTAS

A diferencia de las restantes formas de acción positiva, que inciden en el camino, los regímenes de cuotas son una forma de acción positiva que incide en el resultado. Una cosa es ayudar a la formación de las mujeres para poder acceder a un puesto de trabajo y otra es garantizar a las mujeres un puesto de trabajo con exclusión de los varones. Mientras lo primero compensa desventajas de partida, lo segundo puede afectar al principio de mérito. De ahí se deducen las dos siguientes consecuencias:

- a) La primera es que no hay inconveniente en aplicar regímenes de cuotas allí donde el principio de mérito no sea criterio a considerar, o no sea el criterio decisivo a considerar, como ocurre con los puestos políticos o de toma de decisiones, donde la idea de democracia nos conduce a las medidas de empoderamiento decisorio –vg. las listas electorales paritarias-.

- b) La segunda es que tampoco hay inconveniente en aplicar regímenes de cuotas si su funcionamiento no impone el sacrificio del principio de mérito, como ocurre si la cuota es admonitiva, o si se aplica sólo en caso de empate en los méritos de candidatos/as y con la posibilidad de hacer prevalecer el principio de mérito –se trata de la llamada cláusula de apertura-.

En la jurisprudencia comunitaria, y después del desafortunado Caso Kalanke –STJUE de 17.10.1995-, que parecía admitir sólo las acciones positivas que inciden en el camino, y no las que inciden en el resultado, se produjo un avance muy notable en el reconocimiento normativo de la acción positiva a través del Tratado de Amsterdam –artículo 141, apartado 4, del TCEE-, que corrió paralelo a un repliegue jurisprudencial a partir del Caso Marschall –STJUE de 11.11.1997-, que admitió las acciones positivas que inciden en el resultado siempre que exista una cláusula de apertura que permita impugnar el resultado de aplicación del régimen de cuotas con base al principio de mérito, jurisprudencia luego consolidada en los posteriores Casos Badeck y Abrahamsom –SSTJUE de 28.3.2000 y de 6.7.2000-.

Por lo demás, y mientras en el ámbito de la discriminación por razón de sexo / género los regímenes de cuotas admisibles se limitan, en consecuencia, a la llamada cuota de desempate, en otros ámbitos se han admitido regímenes de cuotas más rígidos e incisivos. Es el caso de la discriminación por razón de discapacidad, admitiéndose la reserva de puestos de trabajo a favor de personas discapaces –STC 269/94, de 3.10-.

X. EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD DE LA DIMENSIÓN DE GÉNERO

El principio de transversalidad de la dimensión de género supone un salto cualitativo en la concepción de las leyes de igualdad. Tradicionalmente, el principio de igualdad se consideró como un simple mandato de igualación de derechos, sin condicionar su contenido, de donde la igualdad real acababa imperando en ámbitos muy limitados del ordenamiento jurídico, y no en su universalidad. Pero esta sectorialidad comenzó a estar desfasada cuando el feminismo, a partir de la década de los setenta, transitó desde las tradicionales reivindicaciones particulares hacia el planteamiento global crítico conocido como Teoría Feminista del Derecho. Núcleo central de ese planteamiento global crítico es el género entendido como determinismo. De este modo, las reivindicaciones particulares se pasan a entender globalmente, y su medida de aceptación es si eliminan los condicionantes de género permitiendo una auténtica igualdad real en el ejercicio de los derechos de mujeres y de hombres.

No basta, en consecuencia, con equiparar los derechos de mujeres y hombres, sino que los derechos mismos se deben construir eliminando su componente de masculinidad y potenciando la igualdad real de las mujeres. Si esto es así, la solución no la encontraremos nunca en leyes de igualdad sectoriales –aunque esas leyes ostenten el más alto rango- porque se encuentran imposibilitadas de desactivar el ingrediente masculino que puede existir –y normalmente existe- en todas y cada una de las normas del ordenamiento jurídico. Quizás convenga destacar como normas aparentemente anodinas pueden ser relevantes en la lucha por la igualdad.

La Guía para la evaluación del impacto en función del género de la Comisión de la Unión Europea, ejemplifica el sector de los transportes, *“un sector aparentemente neutro ... (aunque) un examen más atento pone de manifiesto diferencias sustanciales entre mujeres y hombres en cuanto a las modalidades de utilización y acceso a los medios de transporte públicos y privados: las mujeres tienen acceso a un coche particular con menos frecuencia que los hombres, y utilizan más los transportes públicos”*.

Tal integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades en la totalidad de los procesos normativos –elaboración, interpretación y aplicación- de la totalidad de las normas, y en la totalidad de las políticas públicas –se manifiesten a través de normas o de actos administrativos no normativos-, que se denomina en inglés *mainstreaming* o en español transversalidad o principio de transversalidad de la dimensión de género, obliga a modificaciones en la actuación de la totalidad de poderes públicos.

(1) Respecto al Poder Legislativo, esas modificaciones se concretan en la exigencia de un informe de impacto de género en la elaboración de las leyes –y, por extensión, de los reglamentos y demás actos normativos-, que fue introducido en España a través de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. No cabe duda del importante potencial transformador del informe de impacto de género en la elaboración normativa. Desgraciadamente, y acaso fruto de las inercias administrativas, su aplicación, aunque mejora, sigue distando de lo óptimo.

La LOIEMH ha mejorado la regulación ampliando la exigencia del informe a los planes de especial relevancia económica, social, cultural o artística sometidos

a la aprobación del Consejo de Ministros –artículo 19-, previendo un desarrollo reglamentario específico –disposición transitoria 10ª-, y creando unidades de igualdad en todos los ministerios –artículo 77-.

En todo caso, el principio de transversalidad de la dimensión de género respeta la esencia de los Poderes Públicos, de ahí que, siendo soberano el Poder Legislativo, el preceptivo informe de impacto de género no lo vincula. Cuestión diferente es que, como antecedente de la norma, sirva para su interpretación. O que la dimensión de género sea un criterio interpretativo general de las normas jurídicas –artículo 4 de la LOIEMH-.

(2) Respecto al Poder Ejecutivo, la integración de la dimensión de género en la totalidad de las políticas públicas –artículos 14 y 15 de la LOIEMH-, se concreta en las tres siguientes exigencias de actuación:

- a) El diagnóstico de la realidad desde la perspectiva de género, que obliga a desagregar las estadísticas por sexo –artículo 20 de la LOIEMH-.
- b) La planificación de la actividad, que obliga a establecer un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades –artículo 17 de la LOIEMH-.
- c) El control de la efectividad, que obliga a presentar un informe periódico del Gobierno ante el Parlamento –artículo 18 de la LOIEMH-.

Ahora bien, la integración de la dimensión de género en la totalidad de las políticas públicas va más allá de estas exigencias de actuación, de modo que, aunque estemos ante una actividad no planificada, se deberá integrar la dimensión de género, y, si no se hace correctamente, el acto administrativo puede ser considerado nulo cuando suponga una discriminación sexista, o nulo o anulable, según corresponda conforme a las normas generales de validez de los actos administrativos, cuando suponga infracción del ordenamiento jurídico, incluso desviación de poder.

(3) Respecto al Poder Judicial, y siendo su actuación formalista, es necesario evitar que ello se erija en valladar inexpugnable, de ahí que las exigencias de la tutela antidiscriminatoria en materia judicial destinadas a conseguir el examen de la cuestión en el ámbito de un litigio se sitúen en la línea de flexibilización de los procedimientos –legitimaciones ampliadas, facilidad representativa, inversión de la prueba, o actuaciones de oficio-, dando lugar a las llamadas cláusulas de protección jurisdiccional efectiva que son el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de la igualdad.

XI. LAS CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EFECTIVA

La LOIEMH reconoce, de una manera novedosa en el ordenamiento jurídico español, el derecho a la tutela judicial efectiva del principio de igualdad al afirmar –en su artículo 12.1- que *“cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación”*. ¿Cuál es la virtualidad de una norma que, si bien se mira, se limita a reiterar en el ámbito del principio de igualdad de los sexos el derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce con carácter general para todo derecho subjetivo e interés legítimo en el artículo 24 CE?. El artículo 12.1 LOIEMH refuerza la importancia de la tutela judicial en el ámbito del principio de igualdad, sirviendo de recordatorio a los operadores jurídicos de la necesidad de flexibilizar las formas procesales para resolver las pretensiones materiales.

No es el momento de analizar con la atención que requieren las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva del principio de igualdad, pero sí destacar que, en este aspecto, la LOIEMH ha supuesto importantes avances, resultando especialmente significativos los dos siguientes:

1º La atribución de *“la capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho ... a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo determinadas en las leyes reguladoras de estos procesos”*, dejando la puerta abierta a la legitimación de sindicatos, de organismos públicos competentes y de asociaciones para la promoción de la igualdad, aunque *“la persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo”* –artículo 12, apartados 2 y 3-.

2º La flexibilización de la prueba –salvo en juicios penales- en el sentido de que, *“de acuerdo con las leyes procesales, en aquéllos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad”*, añadiendo –lo que es trascendental para poder allegar datos estadísticos dentro del ámbito de un proceso judicial- que *“el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes”* –artículo 13-.

De una manera semejante, se establece la ampliación de la legitimación y la flexibilización de la carga de la prueba para la discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual –artículos 31, 32, 36 y 40 de la Ley 62/2003-. Conviene destacar que la flexibilización de la carga de la prueba ya era un mecanismo aplicable, de conformidad con reiterada jurisprudencia constitucional, no sólo con relación a cualquier acto discriminatorio, sino a cualquier lesión de los derechos fundamentales.

XII. EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA

Dentro de sus normas de contenido general, la LOIEMH, artículo 10, establece que *“los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidades a través de un sistema de reparaciones e indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”*. Se contemplan, a la vista de la norma, hasta cuatro diferentes consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias:

1º La consideración de *“nulos y sin efecto”* de *“los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo”*. Una consecuencia jurídica impecable si consideramos que la nulidad es el efecto jurídico más radical derivado de una infracción de las leyes. Ahora bien, es una consecuencia jurídica de difícil aplicación en determinados supuestos fácticos, como cuando se trata de actos omisivos –por ejemplo, la no contratación-, salvo si interpretamos nulidad como efecto constructivo de lo omitido –una contratación forzosa-.

2º La exigencia de *“responsabilidad a través de un sistema de reparaciones ... que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido”*. Dentro de las reparaciones se puede considerar la restitutio in integrum o reposición en la situación anterior a la conducta discriminatoria.

3º La exigencia de *“responsabilidad a través de un sistema de ... (o) indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido”*. Obsérvese que la indemnización se incluye dentro de un sistema de *“reparacio-*

nes o indemnizaciones”, lo cual nos conduce a pensar que la indemnización es la alternativa de la reparación si ésta no fuese factible, aunque en materia de igualdad de sexos –como, en general, en materia de derechos fundamentales y libertades públicas- es difícil concebir la reparación íntegra, de donde siempre quedará un campo para la indemnización –y muy señaladamente en el ámbito de los daños morales-.

4º La exigencia de responsabilidad *“así como (y) en su caso”* –cuando se den las exigencias de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad- *“a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”*. Las sanciones, como garantía más imperfecta de cumplimiento de la norma jurídica, entran dentro de las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias no en relación de alternatividad como *“reparaciones o indemnizaciones”*, sino de eventual adición, al afirmar que se producen *“así como (y) en su caso”*.





VI CURSO DE FORMACIÓN INICIAL DE MAGISTRADOS DEL TRABAJO

Aula inaugural realizada en Brasilia, el 03 de noviembre de 2008

D. MIGUEL PASQUAL DEL RIQUELME HERRERO

Licenciado en Derecho por la Universidad de Murcia. Es desde 1989 miembro de las Carreras Judicial y Fiscal, en las que ingresó por oposición. En la actualidad es Magistrado en el Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Ha sido Letrado del Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, donde fue Director de Relaciones Internacionales. Posee una muy amplia experiencia en el ámbito internacional, en el que destacan su labor al frente de la Secretaría General de la Cumbre Judicial Iberoamericana y múltiples asesorías y consultorías en los ámbitos de la organización y modernización judicial en países de Iberoamérica, Europa Central y del Este y África. Sus trabajos en la creación de la Red Europea de Consejos del Poder Judicial y en las redes europeas e iberoamericanas de cooperación y auxilio judicial internacional; así como la dirección de la Escuela Judicial de Centroamérica y Caribe Juan Carlos I y el Aula Iberoamericana. Dirigió el grupo de trabajo que elaboró el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial aprobado en 2006 por la Cumbre Judicial Iberoamericana. Participó en la fundación de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.



Excelentísimo Señor Presidente del Tribunal Superior del Trabajo, Excelentísimos Señores Ministros Miembros de la Mesa Presidencial, Excelentísimos Señores Miembros del Tribunal, queridos compañeros jueces, señoras y señores

Lamentablemente, mi formación tiene una carencia fundamental, cual es el conocimiento adecuado de su bella lengua. No podré utilizar el portugués para dirigirme a ustedes. Me han asegurado que si hablo despacio ustedes me entenderán. Si no es así ... láncenme algo.

Quiero expresar en primero lugar mi agradecimiento personal, y también el de la institución que en este momento represento, el Consejo General de lo Judicial del Reino de España, por la amable invitación recibida. Y a la dirección de la ENAMAT, que personalizo en su director, Ministro Carlos Alberto Reis de Palma, a quien agradezco tanto la invitación, como sus amables atenciones a lo largo de esta, necesariamente, corta estadía con ustedes.

Quisiera comenzar con una anécdota histórica. En el año 1533 la Princesa Catalina de Médici, hija de Lorenzo de Médici, contrajo matrimonio con el he-

redero de la corona francesa, el Príncipe Enrique, hijo de Francisco I. Ese matrimonio formaba parte de un complejo plan político, trazado desde Roma por el Papa para asegurarse una alianza entre los territorios italianos y la corona de Francia. El éxito de ese plan pasaba, necesariamente, porque a la mayor brevedad naciera un hijo varón de ese matrimonio, que asegurara la sucesión en el trono de Francia de un medio italiano, medio francés, aliado, por tanto, del Papa de Roma. Sin embargo, pasaron varios meses después del matrimonio y pronto se comprobó que algún problema de fertilidad en el Príncipe Enrique impedía que ese esperado hijo llegara. La Princesa Catalina, preocupada por no cumplir con los objetivos de su matrimonio escribió al Papa pidiéndole ayuda y consejos acerca de qué hacer. El Papa le contestó en una carta que se conserva en los archivos, en la que le decía textualmente que estaba seguro de que *una joven inteligente sabría, sin duda, como quedarse encinta, de una forma o de otra*. No hay duda de que Catalina debió hacer caso a los consejos del Papa porque en los veinticinco años del matrimonio con el Príncipe Enrique llegó a tener diez hijos. Es de suponer que todos ellos *"de su marido"*. No sé si es por lo que acabo de relatar que Catalina es conocida en la historia de Francia como la *Reina Negra* o *Madame, la Serpiente*.

He traído esta anécdota histórica para empezar esta disertación sólo con el objetivo de comunicarles a ustedes lo que, por otro lado, es obvio: que forma parte de la naturaleza humana el buscar y reclamar modelos de conducta. Ante las dudas éticas, ante las encrucijadas de la vida en que todos nos encontramos (en lo personal y en lo profesional), buscamos referentes, guías y consejos sobre el mejor modo de actuar. Otra cosa es que a veces los consejos tal vez no sean los mejores.

Esta preocupación por la ética se ha incrementado extraordinariamente en las últimas décadas. Existe hoy una creciente preocupación por regular la organización y el funcionamiento de todas las instancias e instituciones sociales con criterios y parámetros éticos. Probablemente ello sea debido a la falta de referentes con que vivimos en estos tiempos revueltos.

Se ha producido el surgimiento de todas las familias de éticas aplicadas, como la bioética, la ecoética, la ética genética, la ética aplicada a la empresa, al consumo. En el ámbito empresarial, en el ámbito de las industrias y las empresas, se dice que la ética es un valor rentable. Hoy son muchas las empresas que tienen códigos éticos para regular su funcionamiento, incluso su parte comercial. Hoy,

recibimos anuncios de mercadotecnia con clarísimos contenidos éticos (aunque con el objetivo de vender bien sus productos). Recibimos mensajes de energías verdes, productos solidarios, productos realizados sin trabajo infantil, etc.

La preocupación ética no es sólo un asunto del mundo empresarial. Ha pasado también a las profesiones en forma de deontología profesional.



Lo público -y también lo judicial- no han sido ajenos a este proceso. El poder que se confiere a cada juez trae consigo, sin duda, exigencias que serían inimaginables o incomprensibles respecto del común de los ciudadanos.

La aceptación de la función judicial conlleva importantes privilegios, facultades y poderes sobre la vida y el patrimonio de los ciudadanos. Implica importantes derechos y beneficios, pero también acarrea cargas.

En este sentido, comparto plenamente, como no podría ser de otra manera, las palabras del director de la Escuela, Ministro Reis de Paula, cuando señala que la justicia y los jueces son un instrumento de servicio público.

El esfuerzo que se viene realizando para incorporar la ética de una manera expresa al mundo judicial se ha manifestado en la promulgación de una gran cantidad de instrumentos nacionales e internacionales sobre ética. Pero esta es

una tarea, un camino, lleno de dificultades. Hay dificultades de orden técnico para encontrar la mejor forma de trasladar a normas jurídicas esos valores y principios éticos.

Enseguida veremos algunos de esos problemas. Pero los problemas no se limitan a la técnica. Probablemente compartirán conmigo que vivimos tiempos de difuminación, dispersión ética y de relativismo moral. Existe un gran desconcierto en nuestra sociedad acerca de los valores morales que deben regirnos. Se aprecia una tendencia, muy evidente en nuestros jóvenes, de identificar lo no prohibido con lo correcto e, incluso, con lo deseable.

Permítanme la heterodoxia, pero a veces parece que el entendimiento que nuestros jóvenes tienen del bien y del mal sólo les viene por su conocimiento de los valores manejados en la saga cinematográfica de *Star War, en español La Guerra de las Galaxias*.

El genial actor norteamericano Groucho Marx ponía en evidencia el relativismo moral de nuestros tiempos de una manera siempre tan ingeniosa como él solía hacer. En uno de sus disparatados monólogos cinematográficos, tras presumir, tras alardear ante una dama de su honradez y de sus valores terminaba diciendo: "*Señora, estos son mis principios, pero si no le gustan, tengo otros*".

Otro filósofo, también norteamericano, aunque éste más serio, John Lubich decía que esa pluralidad ética, ese relativismo moral es algo inmanente, propio e inevitable de nuestros sistemas liberales, pluralistas y democráticos. Este autor abogaba, planteaba, en su teoría de los consensos superpuestos, por la búsqueda de esos valores, principios o referentes éticos en la Constitución de cada país. Entendida esta Constitución en su sentido material. Es decir, como el conjunto de valores y principios mínimos que el supremo texto recogía y sobre los que se asentaba la convivencia social. Decía que, probablemente, más allá de estos mínimos principios para la convivencia, era difícil encontrar mayores certezas éticas. Probablemente esté en lo cierto, aunque sobre esto hay todo tipo de posiciones y doctrinas.

Hay cuestiones que están hoy sobre la mesa y sobre las que no es fácil encontrar acuerdos y consensos. Les pongo algunos ejemplos. ¿Tienen los jueces libertad de expresión? ¿Le es exigible a un juez una determinada conducta ética en los asuntos más íntimos de su vida privada? Basta por ahora, con hacer las

preguntas y probablemente a lo largo de mi presentación podré apuntar sólo algunos puntos de vista.

Me propongo ofrecerles en lo que resta de mi exposición una serie de ideas ordenadas en tres bloques. En el primero plantearé una serie de preguntas y reflexiones sobre las dificultades técnicas que plantea la codificación ética. Preguntas como: ¿Para qué codificar? ¿Cómo codificar? ¿Quién tiene que codificar?

En un segundo bloque, haré un rapidísimo repaso por algunos de los instrumentos normativos surgidos en esta fiebre ética de las últimas décadas.

En el tercer bloque, les presentaré algunas propuestas acerca de cómo podría regularse la ética, al menos en la humilde opinión de quien les habla.

Para cumplir con el título de la ponencia aderezaré los tres bloques con referencias al sistema español de regulación de la ética judicial.

Vayamos al primer bloque. Una serie de preguntas que son necesarias antes de decidir cómo y para qué se va a hacer un código ético. Empecemos por la primera pregunta: ¿para qué un código de ética, qué objetivos, qué finalidades puede perseguir o ha de perseguir un código ético? Parece existir cierto consenso en que son variados los objetivos atendibles con un código ético y no necesariamente incompatibles.

En el ámbito interno de la propia judicatura, un código ético sirve claramente para provocar la reflexión individual y colectiva de los jueces acerca de las exigencias éticas que les obligan. Los códigos éticos también suponen una referencia conceptual, conductual, y unas buenas prácticas de actuación en su ejercicio diario.

Desde fuera de la judicatura, los códigos éticos también tienen importantes funciones, que se resumen en que tienden a aumentar la confianza de la sociedad en sus jueces. Esto es algo especialmente importante, a mi juicio, en tiempos de crisis institucional, de crisis de legitimidad y de desconfianza de los ciudadanos hacia lo público, en general, y hacia lo judicial, en particular.

Segunda pregunta: ¿cómo regular las normas éticas? ¿Tienen los códigos que recoger normas éticas formuladas como normas jurídicas y, por lo tanto, sancionables, o por el contrario, deben ser meros llamados a la conciencia de los jueces, pero sin que su infracción o incumplimiento conlleve una sanción?

En el Derecho Comparado observamos ambas repuestas. Hay códigos éticos que, efectivamente, incorporan sanciones a las infracciones éticas. Esto es muy característico de los códigos americanos, tanto en Norteamérica (Estados Unidos), como en América Central y del Sur. Y también en Europa, concretamente en Italia, hay un código de ética que incorpora sanciones. Pero, junto a estos códigos con sanción, hay también códigos que sólo incorporan principios éticos o valores éticos, pero sin establecer sanciones para los casos de incumplimiento.

Como señala el catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Manuel Atienza, experto en esta materia: en cualquier caso, los códigos sin sanción no están desprovistos de valor, pues sirven precisamente, y muy adecuadamente, a los fines de establecer guías de conducta, generar la confianza de la sociedad y provocar la reflexión ética entre los jueces.

Tercera y última pregunta de este bloque: ¿quién?, ¿qué clase de órgano debe establecer los requerimientos éticos de los jueces? Y en su caso, ¿quién debe sancionar desviaciones, las infracciones? Son cuestiones de altísima importancia, en la medida en que involucran al estatuto jurídico de los jueces, a su independencia, a su imparcialidad, y al resto de las garantías imprescindibles para el ejercicio de la jurisdicción.

Pues bien, también el examen de los diferentes códigos éticos aprobados en las últimas décadas pone de relieve que casi todos han sido elaborados y aprobados por los propios jueces o por los órganos de representación internos de los propios jueces. Se dice que, de no ser así, se debilitan mucho sus efectos. Si vienen impuestos desde fuera de la judicatura no alcanzan con igual contundencia, con igual fuerza, los objetivos perseguidos.

Tenemos toda la variedad posible. Hay códigos que son aprobados por los órganos de gobierno de la judicatura. Es el caso muy frecuente de los países latinoamericanos y también de Canadá, donde el *Canadian Judicial Council* es quien aprueba el código de ética. En otros casos, son reuniones, o conferencias de altos magistrados, quienes aprueban las normas éticas. Así ocurrió con la Conferencia Judicial General de los Estados Unidos de Norteamérica, o también con la reunión de los presidentes de tribunales superiores de los estados y territorios australianos. Finalmente, en el caso italiano, es la asociación profesional de los jueces quien elaboró y aprobó el código ético.

Encontramos la misma diversidad de soluciones cuando examinamos qué órganos son los encargados de sancionar las infracciones éticas. Pueden señalarse al menos cinco tipologías distintas: 1.- códigos que establecen tribunales de ética *ad hoc* que identifican la infracción y fijan la sanción para cada caso; 2.- códigos que establecen tribunales de ética, con la misión de identificar la infracción ética y declararla, remitiendo luego la sanción a los tribunales u órganos disciplinarios ordinarios; 3.- otros códigos no establecen tribunales éticos de ningún tipo, pero son los órganos disciplinarios quienes se arrojan las competencias para sancionar a los jueces que desvían su actuación de los parámetros éticos del código; 4.- códigos que no establecen tribunal de ningún tipo ni sanciones para las normas éticas; contienen simples llamados a la conciencia de los jueces, confiándoles que sean ellos mismo quienes, individual y voluntariamente, ajusten su actuación al código; y 5.- códigos que no establecen tribunales, sino comisiones de consultas éticas, encargadas no de juzgar ni de sancionar, sino tan solo de responder a las dudas que se les planteen acerca de qué comportamientos éticos corresponden a los jueces. Acabo con esto el primero de los tres bloques a que hacía inicial referencia.

Paso al segundo bloque, donde haré un rapidísimo repaso por los distintos instrumentos internacionales aprobados.

Lo primero que sorprende en esta materia es el extraordinario número de códigos éticos aprobados en apenas veinte años. Un número ingente de códigos, casi tantos o más que hijos de la Princesa Catalina han venido a la luz en apenas diez años. Parece existir una especie de horror de los Ordenamientos Jurídicos nacionales a no tener código ético. Se ha emprendido una carrera alocada por llegar antes que los demás a tener un código ético.

Aquí viene al caso la anécdota que relataba el ideólogo anarquista David Friedman sobre la ocasión en que dos cazadores se encontraron en el bosque con un oso hambriento y salvaje, que se dirigía hacia ellos a gran velocidad. Uno de los cazadores le dijo al otro: *"no hay esperanzas. Está claro que un oso puede correr el doble de la velocidad de un hombre"*. El otro cazador le contestó: *"sí hay esperanza. Yo no tengo que correr más rápido que el oso. Sólo tengo que correr más rápido que tú"*.

Pues algo así parece que ha ocurrido con el tema de los códigos éticos. Son muchos los códigos, y además, igualmente desconocidos por los jueces a quienes vinculan. Pasa aquí lo que el escritor yugoslavo Danilo (inaudible) nos recordaba poco antes de su muerte, cuando nos decía que la realidad es aquello que no se ve a simple vista.

En un rápido repaso de estos códigos distinguiré entre los códigos éticos aprobados con carácter supranacional y los códigos éticos nacionales. Entre los primeros hay dos tipologías. Por un lado, los llamados estatutos del juez. Se trata de normas aprobadas internacionalmente que intentan establecer, precisamente, el estatuto jurídico de los jueces, regulando sus derechos, sus deberes, sus garantías, sus modalidades de reclutamiento o de acceso, etc. Tienen por lo tanto, un ámbito material que va más allá de la ética, pero que incorpora recoge también normas éticas.

Hasta donde he podido investigar, el primero de estos estatutos del juez es del año 1993. Es el Estatuto del Juez en Europa, aprobado por la Asociación Europea de Magistrados. Le siguió, en 1998, la Carta Europea del Estatuto del Juez, aprobada en un marco más institucional, el Consejo de Europa.

En 1999, la Unión Internacional de Magistrados aprobó el Estatuto Universal del Juez. En nuestro ámbito iberoamericano, en el 2001, se aprobó el Estatuto del Juez Iberoamericano, en el seno de la Cumbre Judicial Iberoamericana. No analizaré el contenido de ninguno de ellos, simplemente quería mencionarles su existencia.

Existe un segundo grupo de instrumentos internacionales que ya no son estatutos del juez, sino verdaderos códigos de ética de carácter internacional. En este grupo se encuentran, por un lado, el Código de Bangalore, aprobado en el año 2002, en el seno de las Naciones Unidas, con una vocación de universalidad, aplicable a todos los jueces de la tierra. Y ya en nuestro ámbito, el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, que fue aprobado en junio de 2006 en la República Dominicana, en Santo Domingo, por la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, es decir, por los presidentes de las Cortes Supremas y Consejos de la Judicatura de los veintidós países iberoamericanos.

Tengo una especial vinculación, como han podido escuchar, con este código, puesto que formé parte del equipo de coordinación y de trabajo de la elaboración del código. Por tanto, mis palabras no son imparciales, ni mi valoración sobre el código es neutral. No obstante, me permitirán que diga que los resultados fueron importantes. Por un lado, se dispuso de un código específicamente iberoamericano que quiso encontrar consensos entre las distintas visiones sobre lo ético que hay en Europa y América, fijando un mínimo compartido entre todos los jueces iberoamericanos, lo que contribuye a una reflexión específicamente iberoamericana sobre la ética judicial.

De hecho, y estos sí son resultados tangibles, y por tanto mi parcialidad ya no es tan contaminante, me consta que este código ha inspirado al Código de Ética aprobado por el Consejo Nacional de Justicia de Brasil y hace apenas dos semanas, Panamá aprobó su Código de Ética inspirado casi hasta literalidad en el Código Iberoamericano de Ética Judicial.

Aparte de estos instrumentos internacionales, como les he comentado, son muchos los países que han establecidos sus códigos de ética en los cinco continentes. No les voy a cansar con la enumeración, porque es larga.

Ahora bien, pese a esta inquietud codificadora, hay aún muchos países que no han aprobado códigos éticos. De hecho, es lo que ocurre en la mayor parte de los países europeos continentales: Alemania, Francia, Portugal y España no tienen códigos éticos. Existen sólo iniciativas y trabajos para aprobarlos. Pero que no haya códigos éticos en estos países no significa que no haya normas éticas. Las hay, aunque dispersas por todo el Ordenamiento Jurídico.

Utilizaré el ejemplo del caso español para explicarles como es esto posible. En España, las normas éticas están dispersas en distintos lugares del Ordenamiento Jurídico. En la Constitución, como ocurre en prácticamente todas las Constituciones, se recogen principios esenciales del sistema de justicia. Principios como el de independencia, imparcialidad, igualdad, pluralismo, salvaguarda, protección de los derechos, no arbitrariedad, servicio público. Estos principios son o encierran valores éticos.

Además de en la Constitución, la mayor parte de los llamados principios y normas éticos están incorporados a las normas y reglamentos que, en España, regulan el Estatuto del Juez. Al establecer los derechos y obligaciones, las prohibiciones e incompatibilidades, las garantías de la función judicial o las infracciones y las sanciones de los jueces españoles se están trasladando al derecho positivo valores y principios éticos, guías de actuación ética.

En otro nivel, también las normas reguladoras del procedimiento ante los Tribunales incluyen normas éticas, o describen las conductas esperadas de los jueces en determinados casos. Esto es frecuente en España, donde es la norma procesal la que llama a resolver en equidad, en justicia; o la que exige motivación en las sentencias; o establece los tiempos razonables de respuesta al fijar los plazos y términos procesales.

Finalmente, son los órganos encargados de la disciplina judicial quienes configuran, también, un amplio catálogo de conductas éticas.

Por tanto, en España, y en ese otro grupo de países sin código, existen principios éticos y existen infracciones éticas. No les cansaré ahora enumerando el amplio catálogo de infracciones en que puede incurrir un juez en España.

Pero es importante resaltar que queda fuera de la potestad disciplinaria todo aquello que tiene que ver con lo específicamente jurisdiccional. Dicho de otro modo, el momento o acto a través del cual los jueces juzgan o hacen ejecutar lo juzgado no puede ser objeto de sanción. No obstante, en España y en Europa se han hecho sutiles matizaciones a este respecto. Fundamentalmente dos: 1.- sí pueden ser objeto de sanción aquellas resoluciones judiciales que carecen totalmente de motivación o que contienen una motivación extravagante o ajena a los principios y normas del ordenamiento jurídico; y 2.- también pueden ser objeto de sanción las expresiones, las frases o términos, utilizados por el juez cuando son innecesaria, extravagante o gratuitamente ofensivos. En mi país se han producido sanciones contra jueces por utilizar argumentos desatinados o extravagantes en las resoluciones.

Muy brevemente, me referiré a algunas ideas sobre la regulación de lo disciplinario en España. Las competencias para sancionar a los jueces están atribuidas, en su mayor medida, al Consejo General del Poder Judicial. Este es un órgano no jurisdiccional sino de gobierno del Poder Judicial.

Una característica muy especial de nuestro sistema es la posibilidad de que el juez sancionado, en la medida en que lo es por un órgano no jurisdiccional, sino gubernativo, pueda acudir a los tribunales ordinarios para que sean éstos quienes revisen la decisión del Consejo General del Poder Judicial. De esta manera, ha surgido un importante cuerpo de decisiones con ocasión de aquellos procedimientos gubernativos y de los recursos jurisdiccionales entablados.

No les quiero cansar con detalles sobre el sistema español. Por otro lado, tampoco aporta nada extraordinario a la historia de las regulaciones, pero sí quería comentarles dos problemas que tenemos sobre la mesa en España, y en Europa, de modo general.

Los problemas sin duda polémicos y que estoy seguro de que generarán reacción cuando los escuchen. Uno es el relativo a la vida privada, a la vida íntima de los jueces. El otro, el que se refiere a la libertad de expresión. Los aderezaré con dos ejemplos.

Respecto del tema de si la ética judicial puede inmiscuirse en la vida privada de los jueces, o si por el contrario, cuando se trate de la vida íntima de los jueces, se trata de territorio vedado a la disciplina, les diré que en Europa se tiende a pensar que la vida privada del juez es irrelevante para la ética judicial y que la conducta privada del juez sólo puede ser objeto de sanción en la medida en que comprometa la neutralidad, la imparcialidad, la dedicación o la integridad de la función judicial. Me consta que en América hay una sensibilidad distinta sobre estas cuestiones y que los códigos éticos americanos son más proclives a entrar en la vida privada de los jueces.

Voy a darles un ejemplo que comentábamos esta mañana durante el almuerzo. Es un caso real que ha ocurrido en España. Es extravagante, poco edificante, casi jocoso, pero planteó un serio problema disciplinario. Ocurrió que una joven jueza participó en varias ocasiones en un espectáculo público donde se despojaba de la ropa, un espectáculo de *streep tease*. Esta conducta llegó a oídos de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, la cual comprobó que efectivamente había sido así. En el debate se enfrentaron dos posiciones: la de quienes decían que tal comportamiento era inaceptable desde el punto de vista de la dignidad de la función judicial, y la de quienes sostenían que era irrelevante para la dignidad judicial. Añadiré que para hacer las cosas más difíciles, la jueza manifestó en el correspondiente trámite de descargo que para ella participar en ese tipo de espectáculos era una manifestación artística, una forma de expresión de sus inquietudes artísticas. No quiero que compartan la decisión del Consejo Español, pero sí comunicársela: la jueza no fue sancionada.

La otra cuestión es la libertad de expresión. Este caso no es un caso español. Ocurrió en el Principado de Liechtenstein. Es un territorio independiente en el centro de Europa, un vestigio de la Edad Media. Allí, el Príncipe de Liechtenstein, el jefe del estado, revocó el mandato del presidente de la Corte Suprema porque el presidente de la Corte Suprema había hecho críticas, en público, al Príncipe, sobre temas de la administración judicial. El Príncipe lo destituyó. El juez recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que le concedió el amparo y condenó al Estado de Liechtenstein por infracción del derecho fundamental de la libertad de expresión del juez, derecho que, por su carácter fundamental, no podía ser restringido, salvo por cuestiones extraordinarias.

Ya hago un balance para entrar en el tercero de los bloques a los que me referí. Sin duda que la codificación ética ha tenido aspectos muy positivos. Todos

ustedes son conscientes de que ha aumentado la seguridad jurídica, la eficacia preventiva, ha clarificado las conductas de los jueces, se ha convertido en una guía para los destinatarios y ha unificado criterios y prácticas.

Pero también se ha criticado la codificación diciendo que las reglas éticas, por su propia naturaleza, no son susceptibles de una precisa positivación, identificación y clarificación. La técnica codificadora es una técnica normativa demasiado rígida, que fosiliza en exceso la norma, que impide además su adaptación rápida a las siempre rápidamente cambiantes circunstancias de la realidad.

Si me preguntan, personalmente, cuál es mi balance de la codificación, cuál es el mejor sistema para codificar, les contestaré como en el siglo XVIII lo hacía Bosco de Pertio, quien dijo, y lo suscribo en este momento, *que hace algún tiempo estaba indeciso, pero que ahora ya no estaba tan seguro*.

Quisiera compartir con ustedes una especie de tercera vía para la regulación de la codificación. En mi criterio, sería razonable mantener lo disciplinario dentro del Estatuto del Juez, de manera que allí quedaran incluidas las infracciones profesionales (el horario, la rendición de informes, el cumplimiento de los plazos, etc) así como todas aquellas otras conductas susceptibles de reproche ético. Pero incluyendo sólo aquellos comportamientos las que fuesen contrarios a los valores y principios constitucionales, es decir, sólo aquellas conductas que violentaran ese mínimo ético que les mencionaba al principio. Creo también que deberían aprobarse códigos éticos donde se recogieran los principios y valores morales y donde se incluyera, como hace el Código de Bangalore, manifestaciones o aplicaciones concretas de esos principios a los casos concretos con los cuales el juez se enfrenta en su trabajo.

Pero, en mi opinión, los códigos éticos no deberían incorporar sanciones. El control de los códigos éticos debería quedar asignados a comisiones de consultas éticas a quienes se podría preguntar si una conducta es o no es ética e, incluso, podría examinar conductas de los jueces, pero sin reproche ni sanción.

Finalmente, creo que sería muy importante incorporar una idea de la Comisión de Ética del Consejo Superior de la Magistratura de Francia que aconseja la publicación anual de un compendio de normas éticas donde, de manera sistematizada y analítica, se estudiaran y se publicaran los principios y valores éticos y que incluyera también, año tras año, las resoluciones de los órganos de ética en relación al examen que hagan de la conducta de los jueces.

Voy terminando. Como les prometí al principio, hemos estudiado a través de esos tres grandes bloques algunas de las cuestiones técnicas más importantes que enfrenta la codificación. Hemos visto algunos principios o valores, algunas virtudes éticas y judiciales. Hemos también estudiado rápidamente los instrumentos en los que se ha plasmado ese esfuerzo codificador. Les he dado algunas ideas sobre el modelo español.

Con este curso de formación inicial empiezan ustedes un largo camino profesional. La ética judicial adquiere, sin duda, a partir de ahora, para ustedes, una importancia especial. Desde mi humilde experiencia de servicio judicial durante más de veinte años, me permito afirmar ante ustedes que el conocimiento y la reflexión sobre estas cuestiones les serán de gran ayuda en su trabajo judicial. Y contribuirá sin duda a que tengan ustedes la sensación del deber bien hecho.

El profesor italiano Piero Calamandrei, desde su Cátedra de Florencia escribió un precioso libro, cuya lectura les recomiendo. El título es *"El elogio de los Jueces"*. En este libro, Calamandrei da vida a un personaje, un viejo magistrado, que al final de su carrera judicial responde negativamente cuando le preguntan si hubiese preferido cambiar el destino profesional de su vida. Pone Calamandrei en la boca de este viejo juez, las palabras del siguiente párrafo, que les leo: *"Entre todas las profesiones que los mortales pueden ejercer, ninguna otra puede ayudar mejor a mantener la paz y la convivencia entre los hombres que la de juez. El final de mi vida se me presenta, aunque solitario, dulce y sereno, porque sé que la conciencia de haber empleado la mejor parte de mí mismo en procurar la justa felicidad de los demás me dará tranquilidad y esperanza en el último suspiro"*.

Sólo me resta desearles suerte en esta carrera profesional tan apasionante. Me van a permitir que lo haga de una manera muy poco ortodoxa. Me han oído comentar que vivimos tiempos de relativismo moral y de falta de certezas éticas. Por eso, me van a permitir que acuda a uno de esos íconos de la modernidad, como es para varias generaciones, entre las cuales me encuentro, la saga cinematográfica de *Star Wars* (en español, *La Guerra de las Galaxias*). Parafraseando al maestro Jedi, *Obi Wan Kenobi*, al despedirse de su discípulo, *Luke Skywalker* les digo yo ahora: *"que la fuerza os acompañe"*. Muchas gracias.



VII CURSO DE FORMACIÓN INICIAL DE MAGISTRADOS DEL TRABAJO

Aula inaugural realizada en Brasilia, el 04 de mayo de 2009

D. PABLO ARAMENDI SÁNCHEZ

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid desde 1974 a 1990. Magistrado que desde 1992 hasta la actualidad viene ocupando plaza en el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid. En los años 1995 y 1996 ocupó el puesto de delegado del Decano en los Juzgados de lo Social. Se correspondió en aquella época llevar a cabo la implantación en los juzgados del sistema informático. Desde el 2 de junio al 16 de octubre de 1998 por el CGPJ, se confirió una comisión de servicios para el estudio y diseño de las fases procesales y esquemas de tramitación del orden jurisdiccional social, actividad que se desarrolló en el Subdirección de Informática del MJU. En el último trimestre de 2004 y primer trimestre de 2005 ha participado en los grupos de trabajo organizados por el MJU para la elaboración de los anteproyectos de las reformas de las leyes procesales (en concreto en el grupo para la reforma de la Ley de procedimiento Laboral) necesarias para la implantación de la nueva oficina judicial.



SOLUCIONES DEL DERECHO COLECTIVO ESPAÑOL PARA GARANTIZAR EL EMPLEO FRENTE A LA CRISIS ECONÓMICA

I. INTRODUCCIÓN

Excelentísimo Presidente del Tribunal Superior del Trabajo, Excelentísimo Director de ENAMAT, Excelentísimo Corregidor, Excelentísimos Magistrados, compañeros y compañeras recientes, futuros magistrados de la Justicia del Trabajo,

Muchas gracias, muchísimas gracias por haber contado conmigo, por invitarme a venir a Brasil. Es un auténtico placer venir a este gran país que está, sin duda, llamado a ser uno de los líderes del siglo XXI. La verdad es que para mí es una gran satisfacción y una auténtica emoción la que he vivido al atravesar el Atlántico y poder llegar a este país tan conocido y tan desconocido a la vez.

También ha sido para mí una gran satisfacción haber llegado a Brasilia, aunque debo decir también que me produce una cierta melancolía. Yo soy más viejo que Brasilia.

También, finalmente, quiero decir que agradezco profundamente que me permitan hablar en español, que estén dispuestos a escucharme y a entenderme. Posiblemente ustedes tengan más capacidad para entender el español que yo para entender el portugués, aún siendo una lengua muy cercana, geográficamente, y también muy sentida y admirada por mí desde el punto de vista intelectual.

Dicho esto, desde luego, el tema de la conferencia que se propone es esta ocasión, “Soluciones del Derecho Colectivo Español para garantizar el empleo frente a la crisis económica” me parece muy acertado, dada la situación en la que vivimos en todo el mundo y seguramente, aún más en España.

Pero yo me permitiría ponerle un interrogante a este título y preguntar: ¿Existen soluciones? ¿Existen soluciones del derecho para solucionar la crisis económica y para garantizar el empleo de los españoles? La verdad es que yo tengo, sinceramente, serias dudas. ¿Y por qué digo esto? Digo esto porque nosotros, por lo menos, los jueces en España, hemos vivido el derecho clásico. El derecho clásico del trabajo que estaba sustentado en estos pilares inamovibles, por así decir.

Teníamos un estado legislador, teníamos un estado providencia y ese estado regulaba con claridad y exactitud las relaciones entre la empresa y el trabajador.

¿Qué ha ocurrido de unos años a esta parte? Pues desde unos años a esta parte lo que ha ocurrido es que el estado legislador ha empezado a desaparecer. ¿En qué sentido? Pues, nos encontramos con que, por un lado, cada vez existen más leyes, pero cada vez las leyes duran menos. Y eso se nota sobre todo en el Derecho del Trabajo. Baste la referencia de que la norma básica del estado español en materia laboral es el Estatuto de los Trabajadores, de 1980, que en el año 1994 tuvo ya una seria reforma, y que, desde el año 1994 hasta la actualidad, ha sufrido más de veinte modificaciones parciales y puntuales a su contenido.

Esto nos revela, precisamente, que estamos frente a un derecho volátil, ante un derecho que necesariamente se está moviendo y que pierde un determinado contenido porque la ley, en lo que se refiere a las materias a regular pierde, permanentemente, este puesto, que pasa a ser del contrato. La ley se va a dedicar, esencialmente, a regular los procedimientos para establecer el tipo de relaciones que tienen que existir entre empresarios y trabajadores.

Pero en los contenidos, lo que se llama el derecho sustantivo, la ley cede su manifestación y su utilización a la relación contractual establecida entre el



empresario y sus trabajadores, de manera colectiva o individual. La consecuencia de todo esto es que nos encontramos con un derecho en el que el legislador pierde protagonismo.

Es un derecho que está cada vez más imbuido de esa necesidad de dar satisfacción a los agentes sociales. El legislador pierde ese terreno, lo cede a los agentes sociales porque el legislador, en definitiva, tiene miedo de producir leyes que resulten impopulares.

Al mismo tiempo, nos encontramos con que el estado, que nosotros conocíamos como el estado clásico, era un estado providencia. Un estado providencia que garantizaba que la economía estuviera atada por las normas legales y en el que, en definitiva, los proyectos del legislador condicionaban el funcionamiento de la economía.

Así, en el Derecho del Trabajo, como consecuencia, sin duda, de la larga historia de luchas sociales por parte de los trabajadores, el legislador había posibilitado conseguir un pacto social. Un pacto social en virtud del cual se garantizaba a los trabajadores una serie de derechos mínimos, irrenunciables.

Hablamos, entonces, del salario mínimo y de una jornada máxima. Hablamos también de protección frente al infortunio, como puede ser un accidente de trabajo y hablamos, también, de la Seguridad Social.

Pues bien, en la actualidad, todos estos principios se tambalean y todos estos principios se tambalean porque el Derecho del Trabajo se subordina a la economía. El hecho económico es el que determina el hecho jurídico.

Por tanto, como antes les decía, cada vez el derecho es más volátil, cada vez el derecho está más colocado al servicio de los intereses del momento económico. El estado providencia empieza a desaparecer. El Derecho del Trabajo, en definitiva, es un apéndice subordinado del derecho mercantil. Por eso mis dudas, sobre si el Derecho del Trabajo, hoy, es una garantía suficiente para proteger frente a situaciones de infortunio de los trabajadores.

Junto a ello nos encontramos, también, con que existe una serie de variaciones y alteraciones en las figuras de los intérpretes de la relación contractual laboral, del empresario y del trabajador.

Antes, el empresario era una persona conocida, una persona que asumía su condición de empresario y que asumía la responsabilidad de que, frente a las vicisitudes del contrato de trabajo, se generaba una serie de obligaciones para los trabajadores.

De un tiempo a esta parte nos encontramos con que la figura del empresario es una figura que se oculta, que se desvanece. Bien sea a través de la constitución de grupos de empresas, bien sea a través de lo que se llama la descentralización de las condiciones de las relaciones productivas, bien sea a través de lo que se llama subcontratación. Bien sea, en definitiva, también, a través de lo que se considera la deslocalización de las actividades y de las tareas productivas. Nos encontramos con que hoy nadie parece que asuma la figura del empresario. Nadie parece que asuma las responsabilidades de ser empresario. Todos señalan a otro como empresario, para que ese otro sea quien responda de los derechos de los trabajadores. En definitiva, el empresario se desvanece, se oculta.

Por otra parte, nos encontramos con que también la figura clásica del trabajador, entendido como el conjunto de un grupo humano, categoría, clase social, llamémosle como queramos, unidos por unos mismos intereses, por unos mismos problemas, también se desmiembra.

Ya no hay un único modelo de trabajador. Ahora solamente podemos hablar de muchas diferentes maneras de trabajar, muchas relaciones jurídicas diferenciadas.

En el Derecho Español, junto a la figura clásica del trabajador común, trabajador por cuenta ajena, nos encontramos con más de doce figuras de relaciones laborales especiales. Es decir, grupos pequeños de trabajadores que tienen una regulación jurídica diferente de la del resto. Al mismo tiempo, nos encontramos con la irrupción, de unos años a esta parte, y ahora ya regularizada, de lo que se llama el trabajador autónomo. En definitiva, nadie, ningún trabajador comienza siendo igual al otro. Cada trabajador es distinto. Por tanto, existe una seria dificultad para que, desde la norma, para que incluso desde el convenio colectivo se puedan regular, de manera unitaria, los derechos y los deberes de todos los trabajadores.

Junto a esto, también tenemos que tener en consideración que la nueva manera de trabajar, que impone la llamada sociedad de la información genera la figura de un trabajador nuevo, un trabajador desvinculado, de alguna manera, de la empresa, donde las notas características del contrato, ajenidad y dependencia están también desvanecidas. En definitiva, parece que existe toda una serie de trabajadores que son independientes, cuando, en definitiva, siguen siendo dependientes. Pero no encontramos, aún, el marco legal referencial para poder dar solución a todos los problemas que van surgiendo, con la utilización, en el mercado de trabajo, de las nuevas tecnologías, en definitiva, de la nueva manera de trabajar.

Rotos, por tanto, los esquemas que definían el derecho clásico del trabajo, la situación que se produce hoy y cuando hablo de hoy, me refiero a finales del año pasado y todo el año actual, nos encontramos con que, en España, por lo menos, la situación del trabajo es verdaderamente preocupante.

Es una situación que se puede definir como crítica. Críticos, seguramente, también sean todos los problemas existentes hoy, en una sociedad globalizada, después del hundimiento de la economía. En España, las notas estadísticas y económicas son aún más preocupantes. En poco tiempo, se ha llegado a cuatro millones de trabajadores desempleados. Se ha llegado a un 17% de la población activa desempleada. Al mismo tiempo, hubo un descenso de un 3% del Producto Interior Bruto. Y junto con ello, se están dando porcentajes de inflación negativa.

¿Qué soluciones puede aportar hoy el Derecho del Trabajo y qué soluciones pueden aportar hoy los legisladores y los políticos? Finalmente, ¿qué soluciones puede aportar el Poder Ejecutivo? Pues todavía está por ver.

En este momento, en España, existe un debate social importante, pero que no apunta a ninguna solución efectiva.

Por un lado, nos encontramos con la posición del gobierno, del Partido Socialista, que propone mantener todos los derechos sociales y no destruir ninguno. Mantener el precio de las indemnizaciones por despido y mantener, también, los derechos de la seguridad social.

La oposición, el partido de derechas, el llamado Partido Popular, lo que propone es, precisamente, lo contrario. Abaratar el precio del despido y también propone una modificación de la Ley de Seguridad Social para reducir las prestaciones.

La pregunta es: ¿cuál de las dos alternativas es hoy más real y más eficaz? La solución está por verse. Pero lo cierto es que es necesario salir pronto de la situación en que nos encontramos.

Frente a esto, pues, podemos comentar las soluciones que, desde la Comunidad Europea, se vienen planteando para resolver la situación económica y para resolver, fundamentalmente, el marco del Derecho del Trabajo.

Esas soluciones pasan, y hablaré después sobre ello, por el concepto de la flexi-seguridad. El concepto de flexi-seguridad, que Europa propone en el libro verde de 2006 y que todavía no ha ido adelante, justamente, por la oposición de los sindicatos y la oposición de los grupos políticos de izquierda, socialistas.

Esa solución de la flexi-seguridad consiste, justamente, en flexibilizar las posibilidades de despido de los trabajadores, frente a unas posibles o pretendidas garantías de políticas de empleo más activas, es decir, de favorecer o impulsar, a través de medios de formación, y otros sistemas, las posibilidades de que el trabajador pueda encontrar un nuevo empleo. Pero a cambio, previamente, había cedido el precio o la indemnización de su despido.

II. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Bien, dicho esto, pasaremos entonces a analizar cuáles son las medidas, los mecanismos tradicionales que el Derecho del Trabajo Español aporta o establece para intentar solucionar los problemas de la crisis económica.

Son cuatro mecanismos esenciales. Por un lado, estaría cómo a través de la negociación colectiva, se puede buscar soluciones, instrumentos, para resolver problemas de crisis económica.

El segundo bloque de medidas sería la posibilidad de modificación de condiciones de trabajo por parte del empresario.

El tercer bloque sería el de los expedientes de regulación de empleo.

Finalmente, el último bloque, sería lo que se llama concurso de acreedores, es decir, aquellos casos en los que el empresario se considera incapaz de hacer frente a las deudas y acude a la jurisdicción mercantil para que le declare en situación concursal y, de una manera ordenada, asumir, si puede, las deudas que tiene con todos sus acreedores, incluidos también los trabajadores.

Estos son los cuatro ejes en los que se pueden encontrar elementos para determinar cómo el derecho español puede hacer frente, hoy, a la crisis económica, en el seno de las empresas.

El primero de los bloques, como dije, es el de la negociación colectiva. La negociación colectiva, sin duda, todos sabemos lo que es. Define la capacidad que tienen los agentes sociales empresarios y trabajadores, representados por sus asociaciones, sindicales y empresariales, de negociar las condiciones de empleo, de trabajo y salariales de un sector determinado de la producción.

Los convenios colectivos son el resultado de la negociación colectiva. Luego veremos que en España hay diversos tipos de convenios colectivos.

A mí lo que sí me interesa es significar la paradoja que encierra el convenio colectivo, que es una norma dotada de voluntad de permanencia, es decir, es una norma que pretende durar en el tiempo y en el tiempo regular las condiciones de trabajo, pero que, a su vez, es una norma subordinada al momento económico. El problema será entonces qué ocurre que cuando tenemos un convenio colectivo, ese convenio está vigente y hay una nueva situación económica que impide que ese convenio colectivo sea verdaderamente eficaz, porque, seguramente, el empresario no puede sostener las relaciones laborales ahí establecidas.

Existe un choque entre una norma que tiene voluntad de permanencia y un momento económico que irrumpe y que impide que esa norma continúe existiendo tal como es.

¿Qué soluciones aporta, entonces, hoy, la negociación colectiva en relación con la duración de los convenios?

Los convenios colectivos cuando se pactan, se pactan y se establece un período de duración. Puede ser de un año, dos años, el tiempo que las partes establezcan, porque en principio, la duración de los convenios está determinada por la autonomía de la voluntad de las partes. Las partes deciden cuánto tiempo durará un convenio colectivo y, por tanto, cuánto tiempo ese convenio colectivo tiene que aplicarse para los trabajadores afectados dentro de su ámbito.

Entonces, ¿cabe que, aún habiéndose pactado, imaginemos, un convenio colectivo por dos años, cabe que antes de llegados esos dos años ese convenio colectivo se altere? ¿O, necesariamente, ese convenio colectivo tiene que permanecer vigente e inmodificable durante los dos años de su duración?

Pues bien, desde 1998, el Tribunal Supremo, con fundamento en el llamado principio de modernidad, viene asumiendo que los que negociaron un convenio pueden, perfectamente, antes de la expiración del mismo, negociar otro convenio diferente. Por tanto, no existe sujeción al período inicial establecido de duración del convenio colectivo.

Esta es, precisamente, una primera arma para atender los problemas económicos que se susciten en los agentes sociales. Los agentes sociales, los negociadores del convenio, de común acuerdo, determinan que, si decidieron que ese convenio duraría dos años, ahora deciden que dure solamente ocho meses. No hay, en principio, ningún inconveniente.

Pero además, la legislación española permite, en el momento en que está en negociación un convenio colectivo, establecer distintos períodos de duración según qué materias están siendo establecidas. Es decir, podemos hablar que en un mismo convenio colectivo puede haber períodos distintos en materia de duración de jornada de trabajo, de lo que se refiere a la cuestión salarial, etc. No hay ningún problema a ese respecto. Prima, como les decía antes, la autonomía de la voluntad de las partes.

Ahora bien, lo que el legislador español no admite y yo creo que con buen criterio, es que existan lagunas normativas. ¿A qué me refiero al decir esto? Supongamos un convenio colectivo que dura dos años. Si al acabar esos dos años no se ha negociado ningún convenio colectivo, la conclusión que se podría sacar es que, llegado el momento de término del convenio, si ese convenio no se ha sustituido por otro, no existe convenio. Por tanto, no habría ninguna norma

contractual colectiva que regulara las relaciones entre las partes. Eso no lo permite el legislador.

Lo que el legislador establece, creo que con buen criterio, es que si no se ha llegado a negociar un convenio distinto, el convenio ya acabado en el tiempo permanece vigente en lo que son sus normas de aplicación para el colectivo de trabajadores y empresarios afectados.

Por tanto, aunque no haya ningún convenio que sustituya al anterior, las normas del convenio ya vencido se siguen aplicando. Únicamente dejan de tener vigencia las normas que regulan las relaciones de los negociadores, de los sindicatos y los empresarios. Esas normas sí desaparecen al llegar el momento de finalización del convenio colectivo. Pero todas aquellas normas que se incorporan al contrato de los trabajadores continúan vigentes. La razón es sencilla. Es que, en caso contrario, sería muy fácil, sobre todo para los empresarios, oponerse a negociar un convenio colectivo y que desaparecieran las condiciones de trabajo, derechos individuales y derechos salariales de los trabajadores.

Esto es lo que se conoce como la ultraactividad de los convenios. Es decir, los convenios se prorrogan más allá, en el tiempo, de lo que estaba previsto, hasta que se negocie un convenio nuevo.

Aún más, los convenios colectivos tienen establecido un plazo de duración de uno, dos años. Lo que el legislador también dispone es que, antes de finalizar el tiempo de duración del convenio, cualquiera de las partes tiene que denunciar, tiene que decirle a la otra parte, comunicarle a la otra parte, que hay que negociar un nuevo convenio que sustituya al anterior. Pero, si ninguna de las partes toma esa decisión, el convenio colectivo vigente se prorroga automáticamente. Es, también, otra garantía interesante para que no existan esas lagunas normativas.

Como he dicho antes, el convenio colectivo refleja, para un determinado grupo de trabajadores o grupo de empresas, la voluntad de los negociadores de establecer unas condiciones de trabajo, de empleo y de salario unitarias para todas las personas incluidas dentro del ámbito de aplicación. Esto es así, con carácter general.

Pero puede ocurrir que existan razones que justifiquen que, dentro del ámbito de aplicación del convenio, a un determinado sectores se les otorgue un trato diferenciado. Así, encontramos un mecanismo que se llama cláusulas de descuelgue. ¿Qué significa esto? Imaginemos un convenio colectivo del sector

de producción metalúrgico o de la construcción. En España, al menos, éste es el sistema de negociación normalmente utilizado en esos sectores de producción. Imaginemos, entonces, un sector de la producción en el que determinadas empresas tengan una situación económica negativa. En esos casos, por medio de las cláusulas de descuelgue se permite que determinados aspectos del convenio no se apliquen a esas empresas.

Por tanto, el carácter de norma unitaria que tiene el convenio desaparece, en parte, porque hay excepciones. Se regulan excepciones, se autoriza que determinadas empresas adopten medidas diferenciadas en lo que se refiere al contenido unitario del convenio.

También existen otros mecanismos para desvincularse de lo que sería un convenio colectivo de carácter general. Por un lado, nos encontramos con los pactos a nivel de empresa. Es posible que, en el seno de las empresas, se adopten acuerdos que sean diferentes de los convenios colectivos de sector.

También nos encontramos con lo que se llama pactos extraestatutarios. Son aquellos acuerdos que no alcanzan la condición de convenios colectivos y no tienen eficacia *erga omnes*, es decir, obligatoria para todos los trabajadores afectados en su ámbito de aplicación porque no se ha trazado con los sindicatos que les representen, de manera suficiente, el mismo acuerdo colectivo.

Es decir, imaginemos un caso en el que hay varios sindicatos negociando con el empresario y solamente uno de los sindicatos está de acuerdo con el empresario en alcanzar un convenio colectivo. Pero ese sindicato es minoritario. No puede representar, por sí sólo, al conjunto de los trabajadores. Pues bien, el Tribunal Constitucional, ya hace algunos años, admitió la posibilidad de que un sindicato minoritario negociara un convenio colectivo con un empresario. Lo único es que, ese convenio colectivo, que se llamaría pacto extraestatutario, solamente afectaría a los afiliados a ese sindicato y a las personas que, voluntariamente, quisieran adscribirse al mismo. Pero no afectaría al conjunto de los trabajadores a quienes, o bien se les seguiría aplicando el convenio anterior, o bien, podrían, incluso, estar sin convenio.

Y, finalmente, la otra posibilidad que rompe el convenio colectivo como norma unitaria son los convenios de franja.

¿Qué son los convenios de franja? Son aquellos convenios que aceptan, exclusivamente, a una determinada categoría de trabajadores. En España, esto

suele ser bastante habitual en las empresas de transportes. Las empresas ferroviarias o las empresas aéreas tienen convenios colectivos específicamente para los conductores de tren, o convenios específicos para los pilotos de vuelo. No se aplican al resto de los trabajadores de la empresa ferroviaria o de la empresa aérea. Solamente a una determinada categoría, un determinado tipo de profesionales. Con esto también se rompe el convenio concebido como norma unitaria.

Otra de las cuestiones a la que el derecho clásico nos venía invitando era considerar al convenio colectivo como una norma de mejora. Es decir, todo convenio colectivo parece que tenía que mejorar las condiciones de trabajo, empleo y de salario de los trabajadores que establecía el convenio anterior. El convenio más moderno mejoraba siempre el convenio anterior. Pues bien, eso no es siempre así. Es perfectamente válido que, ante una situación de crisis económica, se negocien convenios colectivos que perjudiquen, o que respeten, o que ofrezcan menos derechos para los trabajadores que los convenios que existían con anterioridad.

El llamado principio de modernidad y el poder de disposición avalan esto. Es decir, las partes tienen autonomía para determinar las condiciones de trabajo, de empleo y de salario. Las partes, también, tienen la posibilidad de que, aplicando el principio de modernidad, de que la norma más nueva, el convenio colectivo más nuevo, más moderno, sustituya al anterior, aunque no respete las condiciones de trabajo que existían con anterioridad.

Por lo tanto, con esto también, vemos que existen mecanismos para que ese convenio colectivo se adapte a las nuevas condiciones impuestas por el momento económico.

Junto con esto, yo no sé si lo que voy a decir ahora puede tener alguna importancia, o no, para los problemas que se susciten aquí en materia de negociación colectiva. Me imagino que sí, por la estructura federal de Brasil.

Lo cierto es que, en España, existen diversos tipos de convenios colectivos, dependiendo de su ámbito de aplicación. Es decir, se pueden establecer, como mencioné anteriormente, convenios de franja, dentro de una misma empresa; convenios de empresa; convenios de provincia; convenios de comunidad autónoma, que sería el equivalente, salvando las diferencias, a un convenio de un estado federal; convenios incluso superiores, es decir, convenios nacionales.

Normalmente, en España se negocian, o bien, convenios de empresa, o bien, convenios de sector. Como antes mencioné, hay convenios del sector de

hostelería, del sector textil, o de las artes gráficas. Esos convenios pueden tener afectación para todo el estado, para todos los trabajadores de hostelería de España que reúnan similares condiciones trabajo. Al mismo tiempo, pueden existir determinadas diferencias, determinados tratos distintos para los trabajadores de distintas comunidades autónomas. Es decir, un trabajador de hostelería de Cataluña no tiene las mismas condiciones de un trabajador de hostelería de Andalucía o de un trabajador de hostelería de Madrid.

Al mismo tiempo, también se puede optar, en función de lo que las partes determinen, por la negociación de convenios colectivos de empresa. Determinadas empresas, sobre todo las empresas grandes, pueden tener convenios propios que regulen las relaciones laborales dentro de la empresa, independientemente del local del estado español en que se trabaje.

Con esto, en definitiva, lo que vengo a indicar es que existe la posibilidad de diseñar la estructura de la negociación como las partes, en principio, determinen y, por tanto, la posibilidad de que haya, también, diferentes acuerdos y, por tanto, se flexibilicen las posibilidades de empleo y de trabajo en función del interés y de la autonomía de las partes.

Por último, con relación al contenido del convenio colectivo, ¿de qué puede hablarse en un convenio colectivo? Pues, en principio, volvemos al principio de la autonomía de las partes. De lo que las partes decidan hablar. No existen, apenas, normas legales, unas pocas, que determinen cuál debe ser el contenido de la negociación colectiva. Los convenios colectivos están obligados, sí, a respetar la ley. Aquellos pequeños datos, aquellos pequeños contenidos que hoy el legislador todavía mantiene como inmodificables, el convenio colectivo los tiene que respetar. El convenio colectivo los tiene que mejorar. Pero, el convenio colectivo nos los puede alterar en perjuicio del trabajador. Por ejemplo, jornada de trabajo. La jornada de trabajo en España es de cuarenta horas semanales. Ningún convenio colectivo podría establecer una jornada superior a la máxima.

Lo que ocurre es que como la ley abandona cada vez más el contenido material del derecho, cada vez abandona más el derecho sustantivo, cada vez la ley regula menos las relaciones entre las partes, pues entonces, la mayor parte de las materias negociadas se deja a la autonomía de las partes del convenio colectivo.

Entrando ya más en profundidad en lo que puede ser el contenido de los convenios, evidentemente, en todos los aspectos económicos se puede celebrar

un convenio colectivo. Las condiciones de trabajo y empleo también. Las relaciones, o lo que sería el derecho sindical, es decir cuáles serían los derechos de los sindicatos y de los representantes de los trabajadores en el seno de la empresa también se regulan, habitualmente, en los convenios colectivos.

La ley ha introducido, desde el año 2007, por razones de la igualdad entre hombre y mujeres, la obligación de que los convenios colectivos establezcan planes de igualdad. Están dirigidos a conseguir que, entre hombres y mujeres, en el trabajo, haya una situación de efectiva igualdad.

No podemos olvidar, al menos en España, y me imagino que en muchos otros países del mundo, que las mujeres tienen condiciones de trabajo y condiciones salariales muy inferiores a las que tienen los hombres.

El legislador no dice, en este caso, qué es lo que tiene que hacer el convenio colectivo, pero sí impulsa la necesidad de que en los convenios colectivos se elaboren planes de igualdad para conseguir la real equiparación de las mujeres a los hombres en el trabajo.

Finalmente, los convenios colectivos también establecen mecanismos para la solución amistosa de las controversias que se puedan producir. Normalmente, se crean comisiones de interpretación, de manera que, si existe algún tipo de discrepancia entre lo que se dijo en el convenio colectivo o en el significado de algún acuerdo, el significado del convenio, se acude a esa comisión antes de acudir a un tribunal para que dirima las diferencias.

Por último, también se establecen las reglas de administración relativas, precisamente, a los mecanismos de utilización del convenio, cuánto tiene que durar el convenio y cómo tienen las partes que componerse y regularse entre ellas.

Estos serían, finalmente, los mecanismos de negociación colectiva que el legislador español propone para acondicionar el momento jurídico al momento económico.

III. LA MODIFICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO

Otra vía, otro mecanismo distinto para acondicionar la vida de las empresas a su situación económica, es lo que se llama el procedimiento de modificación de condiciones de trabajo.

¿Qué significa, en definitiva, el procedimiento de modificación de condiciones? Consiste en que el legislador otorga al empresario la potestad de utilizar un determinado procedimiento y, cuando se produzcan determinadas circunstancias, modificar las condiciones de trabajo que disfrutaban los trabajadores de su empresa. Es una potestad que, anteriormente, recibía del legislador, pero que desde el año 1994, el legislador cede al empresario.

¿Y qué puede hacer el trabajador?. Pues, lo que el trabajador tiene es la posibilidad en un plazo máximo de veinte días, en el caso de no estar de acuerdo con esas modificaciones de condiciones de trabajo, de acudir al juez para que el juez resuelva si esas modificaciones introducidas por el empresario en el trabajo, en el contrato, son legítimas o si no son legítimas.

Ahora bien, ¿cuáles son las condiciones que, en principio, se pueden modificar por parte del empresario, tal como está regulado en la ley? Se podría decir que todas, o casi todas. El legislador señala algunas condiciones: el empresario podría modificar la jornada, los horarios, el sistema de trabajo en turnos, los sistemas de remuneración, los sistemas de rendimiento, las funciones a realizar por los trabajadores. Incluso podría determinar la obligatoriedad de realizar un traslado de centro de trabajo.

Entonces, ¿si el legislador le da al empresario la potestad para modificar todo esto, significa que el empresario puede definir lo que quiera, sin ningún tipo de control y sin ningún tipo de justificación?

No es así. Para que el empresario pueda modificar las condiciones de trabajo es necesario que existan estas causas, algunas de estas causas: económicas, organizativas, productivas, técnicas. Si no existen esas causas el empresario no puede modificar las condiciones de trabajo y empleo.

¿Cuándo existe una causa económica? Pues, la causa económica existe cuando la empresa tenga pérdidas, pérdidas contables. La contabilidad está regulada por leyes que establecen cómo se debe realizar la contabilidad. Tendrá que comprobar que existen pérdidas y que, por tanto, el empresario puede modificar las condiciones de trabajo y empleo.

Pueden ser, también, causas de tipo organizativo. Pueden existir distintos sistemas de organización de los medios materiales y humanos que permiten la realización de la actividad empresarial, que determinen que esa empresa se pue-

de organizar de distinta manera, de una manera más eficaz, si son modificadas determinadas condiciones de empleo. Por tanto, el empresario debe comprobar que existen esas modificaciones organizativas y que esas modificaciones organizativas son posibles. Siendo así, es posible modificar las condiciones de trabajo.

Pueden también existir causas de tipo productivo. ¿Cuándo existen causas de tipo productivo? Pues, cuando se tengan que introducir modificaciones que permitan una mejor situación de la empresa en el mercado de bienes y servicios.

Finalmente, causas técnicas. Creo que es fácil entender que existen causas técnicas cuando se introducen determinadas novedades, sistemas de producción nuevos, nueva maquinaria, nuevo *hardware*, nuevo *software*, que determinan la necesidad de modificar las condiciones de trabajo.

Por tanto, conclusión, el empresario puede modificar las condiciones de trabajo y empleo, siempre que las causas anteriormente mencionadas existan.

Lo que el legislador nunca permitirá al empresario es la arbitrariedad. El fin de la norma va a ser mejorar la situación de la empresa. En definitiva, lo que el empresario va a tener que comprobar es, en el caso de que haya una controversia judicial, que esas modificaciones justifican que la situación de la empresa pueda resultar favorecida introduciéndolas. Por lo tanto, al empresario le corresponde probar, en juicio, que las medidas adoptadas son idóneas para el fin propuesto.

Repito, no estamos frente a una posibilidad libérrima o arbitraria en favor del empresario de modificar, cuando quiera, las condiciones de empleo y de trabajo. Es necesario que las medidas estén justificadas y que puedan comprobarse en un procedimiento judicial. En definitiva, descansará en nosotros, los jueces, la determinación de si la decisión del empresario se ajustó, o no se ajustó a la ley.

Si no se ajustó a la ley, el empresario será obligado a dejar de aplicar esa medida. Si se ajustó a la ley, el trabajador será obligado a aceptar la modificación de las condiciones propuestas por el empresario. El trabajador puede, si no está de acuerdo con la decisión empresarial, mediante una pequeña indemnización, de veinte días por año, dejar la empresa y marcharse al desempleo, si no está de acuerdo con esas medidas.

Entonces, se me podrá decir, bueno, si antes hemos hablado de que los convenios colectivos se tenían que respetar, y ahora estamos diciendo que el

empresario puede modificar las condiciones de trabajo, parece que aquí existe una cierta contradicción. ¿Qué sentido tiene que el empresario pueda modificar las condiciones? Parece que estoy diciendo que yo puedo modificar el convenio colectivo y dejarlo sin aplicar. Pues bien, no es así.

¿Qué condiciones de trabajo puede modificar el empresario? El empresario puede modificar condiciones de trabajo de tipo colectivo, que deriven de acuerdos colectivos, de acuerdos que no tengan la naturaleza de convenio colectivo. Acuerdos de un nivel inferior.

El empresario puede modificar también lo que se llaman las condiciones más beneficiosas que haya establecido en favor de los trabajadores. Es decir, todas aquellas condiciones que los trabajadores disfrutaban por decisión libre del empresario, pero que no están, o no derivan, de una ley o de un convenio colectivo.

Y con relación a los convenios colectivos, el empresario puede establecer, única y exclusivamente, determinadas modificaciones. Para ello, son necesarios dos requisitos. Primero, que haya acuerdo con los representantes de los trabajadores, con los sindicatos. En segundo lugar, que esas medidas afecten exclusivamente al horario, al trabajo de turnos, a sistemas de remuneración, o a sistemas de trabajo y rendimiento. Solamente en estos cuatro casos y solamente si hay acuerdo con los sindicatos o con los negociadores del convenio colectivo se podrían modificar condiciones de trabajado establecidas en convenio colectivo.

¿Cuál es el procedimiento para llevar a cabo estas medidas, esta modificación de condiciones? Pues, las modificaciones colectivas, en concreto, como digo, el legislador lo que establece primero es la necesidad de que haya un acuerdo entre las partes y, por tanto, establece un procedimiento para que las partes se reúnan, negocien, pacten y resuelvan acerca de si procede, o no procede modificar esas condiciones de trabajo.

En el caso de que hubiera desacuerdo, es decir, que los representantes de los trabajadores no estuvieran conformes con las modificaciones colectivas emprendidas por el empresario, entonces es cuando, como he dicho antes, en el plazo de veinte días, los representantes de los trabajadores tendrían la posibilidad de acudir al juez para que el juez dirimiera si las modificaciones emprendidas por el empresario están ajustadas a la ley o no están ajustadas a la ley.

En definitiva, en el caso de discrepancia, vamos a ser nosotros, los jueces, los que decidamos si las modificaciones empresariales son o no correctas y si, por lo tanto, se pueden aplicar y se pueden imponer a los trabajadores.

IV. LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

Los expedientes de regulación de empleo responden a las mismas causas que he mencionado con anterioridad que justificaban las modificaciones de las condiciones de trabajo.

La diferencia entre expedientes de regulación de empleo y las modificaciones de condiciones es que cuando hablamos de modificación de condiciones estamos admitiendo que los contratos de trabajo van a continuar vigentes. Cuando hablamos de expedientes de regulación de empleo, lo que proponemos es acabar con estos contratos de trabajo, o como mínimo, suspenderlos durante un determinado período de tiempo. Por tanto, ésta es una solución más drástica, más grave, que la solución de modificación de condiciones de trabajo.

El resultado de un expediente de regulación de empleo, si sale a favor del empresario, es, precisamente, o bien los despidos colectivos, de toda o de una parte de la plantilla, o bien la suspensión de los contratos.

En ambos casos, tanto si el contrato de trabajo se extingue, o el contrato de trabajo se suspende, el trabajador pasará a recibir la prestación de desempleo. Pero el contrato de trabajo dejará de producir efectos y, evidentemente, cuando se extingue desaparece completamente.

¿Cuáles son los objetivos? Pues, los objetivos, en este caso, son conseguir que la empresa perviva, es decir, una empresa que no tiene posibilidades de “aguantar” con cien trabajadores, pero sí puede “aguantar” con cincuenta trabajadores, despide a la mitad de la plantilla para mantener vigente los contratos de la otra mitad, o bien, cuando la empresa considera que no tiene posibilidades de seguir viviendo, de seguir existiendo, entonces, a través de la vía del expediente de la regulación de empleo, se produce el cierre ordenado de la actividad empresarial.

Lo que el legislador no quiere, no desea, aunque hay empresarios que lo hacen irregularmente, es que el empresario llegue un día a la empresa, cierre la puerta y desaparezca. En fin, lo que el legislador pretende es que estos casos se regularicen y que los trabajadores tengan un determinado nivel de protección

y una determinada garantía que justifique las razones por las que su empleo ha desaparecido.

Esta decisión es más grave que la modificación de condiciones de trabajo, por ello el legislador es más riguroso. Y, así, como cuando se trataba de modificar condiciones el legislador permitía que el empresario decidiera la modificación y, si los trabajadores no estuvieran de acuerdo, acudieran al juez, en este caso, el legislador no le da potestad suficiente al empresario para que, por sí mismo, decida cerrar una empresa, decida despedir colectivamente a los trabajadores.

El empresario necesita una autorización de tipo administrativo. En este caso, ya no somos, en principio, los jueces, los que tenemos que resolver la controversia de si procede o no procede extinguir los contratos de trabajo. Esto le corresponde a la autoridad laboral, de decir, a la administración del Ministerio de Trabajo, a la autoridad administrativa. Por tanto, será una resolución administrativa la que autorice que se extingan los contratos de trabajo. Para ello, se establece un procedimiento en el que empresario inicia un período de consultas y de negociación con los representantes de los trabajadores.

En ese período de consultas, el empresario tendrá que justificar y dar argumentos de por qué tiene que despedir al personal, a una parte de la plantilla. Tendrá que aportar datos económicos, datos técnicos, administrativos y demás, que justifiquen su decisión. Tendrá que convencer a los representantes de los trabajadores de que no hay otra alternativa. En el caso de que los convenza, pues entonces, se llegará a un acuerdo. Aquí sí, primaria la autonomía de las partes. Es decir, si los trabajadores asumen y admiten que la decisión del empresario es ajustada a la ley, no existe ningún problema y ese acuerdo será validado, admitido por la autoridad laboral, la autoridad administrativa.

En el caso de que el empresario no convenza a los trabajadores, en caso de desacuerdo, se acudirá a la autoridad laboral y la autoridad laboral dictará una resolución administrativa en la que podrá admitir el expediente de regulación de empleo presentado por el empresario o no lo admitirá, si considera que no está justificado.

Frente a esa decisión de la autoridad laboral cabe recurso ante la jurisdicción. Pero aquí, uno de los problemas que se producen, es que nosotros los jueces de la jurisdicción social no somos competentes para resolver si la resolución de la autoridad laboral está ajustada al derecho.

La competencia es de los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa. El legislador no se fía suficientemente de los jueces laborales. El legislador se fía más de los jueces de lo contencioso en estos casos. El problema es que con ello, se da lugar a un procedimiento que es muy poco garantizador de los derechos de los trabajadores. Sobre todo porque la jurisdicción contencioso-administrativa, en España, va a una velocidad mucho más lenta que la jurisdicción laboral.

Nosotros, como jueces de lo social, podríamos garantizar mayor velocidad, podríamos dar una solución en dos o tres meses sobre la materia y, entonces, podríamos garantizar los derechos de los trabajadores, si el empresario y la autoridad laboral actuaran en contra de la ley.



VIII CURSO DE FORMACIÓN INICIAL DE MAGISTRADOS DEL TRABAJO

Aula inaugural realizada en Brasilia, el 28 de septiembre de 2009

D. ANDRÉS JAVIER GUTIÉRREZ GIL

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. En 1987 ingresó mediante oposición en la Carrera Judicial y meses después en la Carrera Fiscal, en la que se encuentra en excedencia voluntaria. Tras prestar servicios en diversos órganos judiciales obtuvo el título de Magistrado especialista de lo Contencioso-administrativo, estando destinado en la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Desde el 2003 es Letrado del Tribunal Constitucional. Al tiempo, durante estos años ha realizado actividades complementarias de docencia, cooperación internacional y publicación de estudios jurídicos diversos.



LA REPERCUSIÓN DE LOS DERECHOS Y LOS DEBERES FUNDAMENTALES EN LAS DECISIONES JUDICIALES

Excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior del Trabajo, excelentísimos señores Director y Vicedirector de la Escuela, Ministros del Tribunal Superior del Trabajo y miembros del Consejo Consultivo, estimados colegas jueces y juezas.

Deseo y debo, en primer lugar, agradecer la invitación para participar en la apertura de este VIII Curso de Formación Inicial organizado por el Tribunal Superior del Trabajo y la ENAMAT en colaboración con la Agencia Española de Cooperación Internacional.

Es para mí un honor intervenir hoy en esta Escuela Judicial, reflejo de un país -Brasil- que constituye una gran realidad política, económica, social y cultural; y por el que los españoles sentimos un particular afecto y admiración.

Durante mi intervención voy a compartir con ustedes algunas reflexiones sobre “la repercusión de los derechos y los deberes fundamentales en las decisiones judiciales” y lamento no poder hacerlo en su idioma, comprendiendo el esfuerzo que para ustedes representa escucharme en mi propia lengua.

I. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I

Sabemos que el Estado de Derecho hunde sus raíces en la Inglaterra del siglo XIII, cuando en 1215 el Rey Juan firmó la Carta Magna, en la cual prometió que ninguna persona “será recluida o puesta en prisión o privada o proscrita o exiliada o destruida en ninguna manera, salvo por el juicio legítimo de sus conciudadanos y la ley del país”.

Ciertamente, la Carta Magna fue el primer hito en el largo camino hacia el Estado de Derecho, cuya característica esencial estriba en que nadie se encuentra por encima de la ley. Sin embargo, hasta la Edad Moderna no se puede hablar de verdaderas declaraciones de derechos, como son la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, el “Bill of Rights” de Virginia de 1776 y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en sus diferentes versiones de 1789, 1793 y 1795.

Es a raíz de los horrores de la Segunda Guerra Mundial cuando la protección de los derechos humanos se convierte en auténtico ideal político y en una de las bases de la paz mundial, plasmada en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, cuya aceptación se impuso como requisito previo al ingreso en la Organización de Naciones Unidas; y aunque la Declaración Universal no tuvo valor obligatorio para los Estados, sí nació con un valor moral innegable.

Desde entonces los esfuerzos por conseguir una protección efectiva de los derechos humanos por vía internacional han tomado dos direcciones: una, de índole regional o continental, plasmada en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a la que siguió la Carta Internacional de Garantías Sociales y posteriormente la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En Africa, la Carta de la Organización de la Unidad Africana. Y, en Europa, se aprobaron el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea. Esta tarea no ha concluido y el Tratado de la Unión Europea fija derechos propios de la ciudadanía europea y el Tratado de Amsterdam atribuye competencia al Tribunal de Justicia para la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.



Junto a estos esfuerzos regionales, otros se produjeron en una dirección universal, a través de la Organización de Naciones Unidas, mediante la aprobación del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Especial importancia tuvo la aprobación el 23 de marzo de 1976 del Protocolo por el que los Estados se comprometían, en caso de aceptarlo, a conceder competencia al Comité de Derechos Humanos para recibir peticiones de individuos particulares que alegasen ser víctimas de una violación de cualquiera de los derechos mencionados en el citado Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

La labor de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos ha generado también importantes instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos políticos de la mujer, eliminación de todas las formas de discriminación racial, asilo territorial, lucha contra la esclavitud o protección de la infancia.

En el ámbito de los derechos medioambientales existe igualmente una clara tendencia a su protección a través de instrumentos internacionales como se ha podido comprobar en la Cumbre de la Tierra de 1992 de Río de Janeiro, el Protocolo de Kioto en 1997, la Cumbre del Cambio Climático de Bonn del 2001 o la Cumbre de Johannesburgo en el año 2002.



También merece destacarse, en el ámbito de la protección internacional de los derechos fundamentales, el fenómeno de la expansión de la jurisdicción internacional penal, de lo que es reflejo la creación de la Corte Penal Internacional cuyo Estatuto fue aprobado en Roma en 1998, y que Brasil ha incorporado a su Constitución, mediante enmienda constitucional del año 2004.

II

Junto al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en un plano internacional, nuestros países han incorporado a sus respectivas Constituciones tablas o listados de derechos humanos que difieren en poco. En efecto, la Constitución brasileña de 1988 reconoce, en sus artículos 5 a 11, derechos y garantías fundamentales que igualmente están incluidos en los tratados internacionales de protección de los derechos humanos: el Capítulo I del Título II reconoce en su articulado “derechos y deberes individuales y colectivos”; y el Capítulo II consagra “derechos sociales”. Igualmente, la Constitución española reconoce la mayoría de los derechos y garantías fundamentales que están incluidos en los tratados internacionales de protección de los derechos humanos.

En efecto, nuestras Constituciones recogen, entre otros: la igualdad ante la ley y la prohibición de ciertas formas de discriminación; la prohibición de la

tortura y de cualquier trato inhumano o degradante; las libertades ideológica y religiosa; la libertad personal; los derechos a la intimidad, al honor y a la imagen de las personas; el derecho a la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de las comunicaciones; el acceso a la información; la libertad de residencia y circulación; las libertades de expresión y a la actividad intelectual, artística y científica; los derechos de reunión, asociación y participación política; la libertad de asociación profesional o sindical; el derecho a la justicia y al debido proceso; el derecho a la educación; el derecho a la huelga; o el derecho de petición.

Y reconocen, entre otros derechos sociales, los que atañen a la cultura, a la salud, al trabajo, la vivienda, el medio ambiente, el descanso, la previsión social, la protección de la maternidad y de la infancia o la asistencia a los desamparados.

III

Llegados a este punto, debe destacarse que la protección que dispensan los instrumentos internacionales y las Constituciones internas no constituyen vías aisladas entre sí, sino que se establece una fuerte conexión entre el Derecho humanitario internacional y el Derecho interno.

En primer lugar, son numerosas las Constituciones que se remiten a los instrumentos internacionales de derechos humanos para incorporarlos como parte integrante del ordenamiento jurídico interno. Así acontece con la Constitución brasileña, cuando establece que “los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte”.

En segundo lugar, algunas Constituciones otorgan rango constitucional a ciertos tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado. Así, las Constituciones argentina, chilena, guatemalteca, colombiana o venezolana. Por su parte, la Constitución brasileña establece que “los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que fuesen aprobados, en cada Casa do Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos dos votos de sus respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales”. En España, la primera y hasta ahora única reforma de la vigente Constitución, ha tenido como finalidad el permitir que los ciudadanos de la Unión Europea puedan presentarse como candidatos a las elecciones municipales, dotándoles de derecho de sufragio pasivo.

Tal reforma fue una consecuencia del Tratado de la Unión Europea por el que se modificaba el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

En tercer lugar, ciertas Constituciones asignan a los tratados internacionales un valor interpretativo de los propios preceptos constitucionales. Puede citarse como ejemplo de ello el artículo 10.2 de la Constitución española, que dispone que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Por último, los órganos judiciales internos están obligados a atender a los cánones hermenéuticos elaborados por los tribunales u órganos internacionales encargados de interpretar los tratados internacionales. Así, la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la interpretación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos debe atender a la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

IV

Hasta ahora me he referido a las fuentes legislativas de reconocimiento o configuración de los derechos fundamentales. Pero debemos preguntarnos si nuestros conciudadanos pueden ser titulares de más derechos que aquéllos enumerados en la Constitución; o lo que es lo mismo, podemos interrogarnos acerca de la posibilidad de admitir derechos fundamentales de creación o configuración jurisprudencial.

La novena Enmienda de la Constitución norteamericana dejó dicho que “la enumeración que se hace en esta Constitución no deberá interpretarse como denegación o menoscabo de otros derechos que conserva el pueblo”. Debido al ya lejano momento histórico de la elaboración de la Constitución de Estados Unidos, los jueces se han visto obligados a incorporar al acervo constitucional diversos derechos que no figuran ni en los textos del siglo XVIII ni en las Enmiendas posteriores: desde el derecho a la presunción de inocencia al derecho de asociación, pasando por el derecho a casarse y el de educar libremente a los hijos.

En momentos más recientes, la Constitución de Portugal en su artículo 17 afirma que “el régimen de derechos, libertades y garantías se aplica a los enunciados en el título II y a los derechos fundamentales de naturaleza análoga”. Y en Argentina el artículo 33 de su Constitución señala que “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

En el Ordenamiento español el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales ofrece más dificultades, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en otros textos constitucionales, nuestra Constitución no incluye una cláusula abierta, después de haber consignado una amplia lista de derechos y libertades.

Es por ello que para el Tribunal Constitucional español no hay derechos fundamentales fuera de los previstos como tales en la propia Constitución. Pero la función creativa de los tribunales habitualmente no consiste en crear derechos completamente nuevos sino en ampliar el contenido de los ya existentes, en descubrir facetas o nuevas perspectivas de derechos previamente reconocidos por el legislador. Pondré algunos ejemplos extraídos de la jurisprudencia española y europea:

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha configurado un concepto de discriminación indirecta por razón de sexo que impide la aplicación de medidas que, aunque estén formuladas de manera neutra, perjudiquen injustificadamente a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres (como los obstáculos a la reducción de jornada laboral o a la excedencia para el cuidado de los hijos).

Igualmente en el campo de las relaciones laborales, es de origen jurisprudencial la garantía de indemnidad consiste en la prohibición de que el empresario adopte medidas de represalia contra el trabajador motivadas por el hecho de que el mismo haya ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de sus derechos laborales. Esta doctrina jurisprudencial se completa con la fijación de reglas especiales sobre distribución de la carga de la prueba, con arreglo a las cuales el trabajador debe acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción de discriminación o represalia empresarial; y el empresario, a su vez, debe probar que la medida obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental.

En la misma línea, merece citarse el caso *Airey contra Irlanda* (1979), referido a una mujer sin recursos económicos suficientes para contratar un abogado a fin de obtener una separación matrimonial. Irlanda sólo contemplaba un sistema de asistencia jurídica gratuita para asuntos penales, no para los de índole civil, pese a lo cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos impuso a la República de Irlanda el deber de ofrecer asistencia jurídica gratuita en estos casos.

También puede destacarse, en relación con España, el derecho a la doble instancia en el proceso penal. En efecto, en materia penal el legislador está obligado a prever un régimen de impugnación de las sentencias condenatorias, dado que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española ex su artículo 10.2- consagra en su artículo 14.5 el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Este mandato, incorporado al Derecho interno español obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución española en su artículo 24.2 se encuentra la del recurso ante un tribunal superior, a salvo los supuestos de infracciones menores o cuando la persona haya sido juzgada por un tribunal que constituya la máxima instancia judicial o cuando haya sido declarada culpable tras un recurso contra su absolución. Ello ha llevado al Tribunal Constitucional y al Tribunal Supremo españoles a propiciar una nueva percepción del recurso de casación, alejada del estrecho cauce procesal con que tradicionalmente se ha identificado este recurso, a fin de permitir que también pudieran discutirse a través suyo aspectos fácticos y no exclusivamente jurídicos.

Por último, pues los ejemplos que podrían mostrarse serían numerosísimos, he de citar uno más. En nuestro Ordenamiento los tribunales penales de apelación están facultados no sólo para revocar el pronunciamiento absolutorio del juez *a quo* sino también para sustituirlo por otro de signo condenatorio. Pues bien, cuando el tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el órgano de la apelación no puede valorar la sinceridad de las declaraciones prestadas en la primera instancia sin un nuevo examen

directo y personal de los declarantes. Esta doctrina ha sido incorporada a nuestro Derecho por el Tribunal Constitucional que, a su vez, la ha convertido en práctica cotidiana de los órganos judiciales.

Adicionalmente debe destacarse, como un fenómeno de alcance universal, el origen jurisprudencial de la ruptura del esquema clásico de los titulares de los derechos fundamentales, dando lugar a que surjan derechos de las personas integradas en colectivos singulares necesitadas de una especial protección frente al posible abuso de quienes ostentan una posición dominante. Así, por ejemplo:

- Frente a la discriminación cultural o social han aparecido los derechos de la mujer o de las minorías.
- Frente a la inferioridad derivada de la edad, los derechos de la juventud y la infancia o de los ancianos.
- Frente a la inferioridad física, los derechos de los minusválidos.
- Frente a la inferioridad psíquica, los derechos de los enfermos mentales.
- Frente a la inferioridad económica, los derechos de los consumidores y de los usuarios.
- Frente a la inferioridad de las personas situadas en una relación de sujeción especial, los derechos de los soldados o de los presos.
- Frente a la inferioridad respecto al poder de la ciencia, los derechos de los enfermos, de los donantes, de los receptores de trasplantes o de las personas sujetas a ensayos clínicos encaminados a obtener descubrimientos genéticos, etc.

II. EL PROBLEMA DE LA EFICACIA DE LOS LLAMADOS DERECHOS SOCIALES

I

Inicialmente, desde los postulados de la Ilustración, las libertades públicas se configuraron como derechos subjetivos frente al Estado; ciertamente, estos

derechos imponen un ámbito de libre determinación individual exento del poder del Estado, de modo que lo que se reclama del Estado es una abstención. Pero ya en las primeras Declaraciones de derechos se incluyeron otros de distinto carácter, que pretenden la inserción del ciudadano en el propio ámbito político o de poder, derechos a los que posteriormente se denominarían cívicos o políticos.

Sólo más tarde aparecerá una nueva categoría de derechos fundamentales, los llamados derechos económicos y sociales, reconocidos por vez primera en las Constituciones mejicana de 1917 y venezolana de Andrés Bello de 1919, extendiéndose posteriormente al constitucionalismo europeo durante el siglo XX. Esta categoría de derechos ya no suponen una abstención del Estado, sino, por el contrario, una actividad estatal positiva que asegure un nivel mínimo de inserción y desarrollo en la sociedad.

Los Pactos que se firmaron en 1966 -el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- dividieron en dos categorías los derechos, haciendo pensar que unos tenían unas determinadas cualidades de las que otros carecían; de este modo, tales Pactos consagraron la división entre los derechos que todavía no se ha conseguido superar, aunque no cabe ignorar que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la existencia de recursos económicos públicos suficientes. En todo caso, la propia Asamblea General de Naciones Unidas, en la Resolución 32/130 de 16 de diciembre de 1977, determinó que: a) Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales. b) La plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible; la consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social.

La Constitución brasileña establece que “las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales son de aplicación inmediata”. En cambio, en la Constitución española los derechos sociales reciben el nombre de “principios rectores de la política social y económica”, estableciéndose en el segundo párrafo de su artículo 53.3 que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los prin-

cipios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrolle

Como puede verse, a estos derechos sociales la Constitución española se ha negado a denominarles “derechos” y expresamente ha establecido que sólo podrán ser alegados ante los jueces de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. En esa medida no son derechos fundamentales en sentido estricto, si admitimos que lo que caracteriza a estos es su aptitud para imponerse al legislador ordinario.

En efecto, en el ordenamiento español la posición del legislador es diferente ante los genuinos derechos fundamentales que ante los llamados “principios rectores”:

- Los derechos civiles o políticos existen como tales derechos fundamentales desde que se aprueba la Constitución y el legislador no puede desarrollarlos o regularlos libremente sin respetar su contenido esencial. Aunque son derechos de configuración legal, no lo son de cualquier configuración o regulación sino solo de aquella que sea compatible con su contenido esencial.
- Los ciudadanos pueden invocarlos ante los tribunales no solo de acuerdo con lo que dispongan las leyes sino también en ausencia de regulación legal o, incluso, en contra de su regulación legal.
- Por el contrario, en relación con los principios rectores o derechos sociales cabe decir que:

Su contenido es definido por el legislador pues no hay un contenido esencial o mínimo. En esta medida han sido calificados en ocasiones como “derechos prometidos” o “promesas de derechos”.

- Los derechos sociales alcanzan justiciabilidad, esto es, podrán ser invocados ante los tribunales, sólo cuando el legislador lo contemple así.
- Vinculan a los poderes públicos en la medida en que no puede legislarse o resolverse en contradicción con ellos.

En definitiva, carecen de lo que para una buena parte de la doctrina científica y el Tribunal Constitucional español se consideran como rasgos distinti-

vos de los derechos fundamentales: su justiciabilidad inmediata (ser invocables ante los tribunales de justicia) y su aplicabilidad inmediata (sin necesidad de desarrollo legislativo).

II

Siendo indudablemente polémica la plena eficacia de los llamados derechos sociales, debo referirme a continuación a ciertos medios o instrumentos que pueden resultar adecuados para aspirar a la misma.

A) El primero es, sin duda, el reconocimiento del valor normativo de la Constitución. En el constitucionalismo americano resulta claro desde el principio que las normas contenidas en la Constitución son el Derecho supremo del país, al que han de sujetarse los órganos del Estado en el ejercicio de sus poderes, con la consecuencia de que es posible el juicio de la constitucionalidad de las leyes. Es mérito de la Constitución venezolana de 1811 el haber sido la primera en incorporar a su texto la autocalificación sobre la naturaleza jurídica de sus normas y haber impuesto la sanción de la nulidad absoluta de los actos y normas contrarios a sus mandatos, conforme ha destacado Brewer Carías.

Por el contrario, en Europa la caracterización formal y jurídica de la Constitución como norma tardó mucho en ser aceptada. Se entendía que la Constitución era una “norma programática”, esto es, la formulación de un programa político, que luego cumpliría concretar al legislador mediante su traducción a verdaderas normas jurídicas eficaces.

En España el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias ha mantenido que la Constitución es una norma jurídica inmediatamente aplicable. Por eso ha declarado que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que fueran objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento y, en cuanto tal, tanto los ciudadanos como los poderes públicos y, por consiguiente, también los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella.

B) Un segundo medio lo constituye el reconocimiento del valor supremo o preeminente de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico.

Con todo, el que las Constituciones sean verdadera normas jurídicas no significa que sus preceptos puedan imponerse siempre del mismo modo frente a las leyes inconstitucionales. Podemos diferenciar el sistema norteamericano, que implica el llamado control difuso de constitucionalidad, lo que no es otra cosa que remitir a los jueces ordinarios, bajo el control último del Tribunal Supremo, la apreciación de la constitucionalidad de las leyes, con motivo de su aplicación a los casos concretos.

Por el contrario, en el sistema de control concentrado, inspirado en la obra de Kelsen, en el que la función se atribuye a un órgano específico, los jueces tienen la posibilidad de rechazar la aplicación de la ley en los casos en que en un primer análisis la estimen contraria a la Constitución, pero careciendo de la posibilidad de declarar la invalidez de la norma de rango legal, que corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional.

C) Un tercer instrumento al que resulta preciso referirse es al de la concreta aplicación por los jueces de los preceptos constitucionales en los que se reconocen derechos sociales.

Ciertamente, de existir una ley de desarrollo del principio rector/derecho social de que se trate, el juez tendrá que aplicar el bloque integrado por la Constitución y la ley, como fundamento de su decisión. Pero de no existir norma legal que desarrolle la previsión constitucional sobre el correspondiente derecho social, el juez habrá de ponderar en qué medida la actuación de los poderes públicos – o la conducta o comportamiento del empresario si nos ceñimos al ámbito laboral – produjo una lesión en el derecho y, en caso de constatar la existencia de esa violación, amparar la petición del justiciable. Un tribunal no es el poder llamado a adoptar complejas decisiones en materia de políticas sociales sino a resolver controversias concretas entre las partes o, a lo más, a quien le corresponde el control de determinadas actuaciones públicas. Y ello constituye el límite de su actuación.

En este sentido, las más destacadas líneas de actuación que se le ofrecen al juez para lograr la eficacia de los derechos sociales constitucionalmente reconocidos son las siguientes:

1º) El Juez coopera en la depuración de posibles normas inconstitucionales del Ordenamiento jurídico mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

2º) Los jueces pueden anular por sí mismos tanto disposiciones de rango inferior a ley como actos administrativos, convenios colectivos o contratos privados.

3º) Pueden anular decisiones en materia de política social que sean contrarias a los principios constitucionales (actividades contaminantes, desalojos forzados de comunidades indígenas que no estén suficientemente justificados o sin haber sido debidamente indemnizados o realojados).

4º) Cuando la Administración haya aprobado determinadas medidas, pueden los jueces obligar a su ejecución.

5º) Los derechos fundamentales definen un sistema de valores incorporado a la Constitución, que, en cuanto dotado de un efecto de irradiación, debe influir en la interpretación del ordenamiento en su conjunto. El principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos constitucionales obliga a que, entre las diversas interpretaciones posibles y examinadas las específicas circunstancias concurrentes en el caso concreto, deba el juez optar por aquella solución que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho constitucional afectado. Por tanto, existe una verdadera prohibición de realizar cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales. En este sentido debe añadirse que los derechos sociales se presentan como parámetros hermenéuticos del orden constitucional con la misma eficacia que los derechos civiles o políticos.

6º) Sin duda, un importante obstáculo para la aplicación judicial de los derechos fundamentales es la falta de concreción de su contenido. En ocasiones una mínima concreción es facilitada por la propia Constitución (así, en el caso de la Constitución española, la inviolabilidad domiciliaria, al establecerse en su artículo 18.2 que ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito). En otras ocasiones la Constitución se remite expresamente al legislador para delimitar el contenido del derecho (así, su artículo 28.2 cuando establece que la ley que regule el ejercicio del derecho de huelga establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad). En otras, han de ser los propios jueces quienes resuelvan sobre la privación individual de un derecho (por ejemplo, la libertad de quien ha de ingresar en prisión) pero siempre “en los casos y en la forma previstas en la ley” (artículo 17.1).

En el ámbito de los derechos sociales la dificultad de concretar su contenido esencial resulta más arduo, de modo que cuando una Constitución o un tratado internacional reconocen el derecho a la salud, a la educación, al trabajo o a la vivienda, puede resultar difícil concretar cuáles son las prestaciones que los ciudadanos pueden reclamar al Estado. En todo caso, si previamente no se delimita el contenido de un derecho no es posible denunciar su incumplimiento por el Estado. No obstante, pese a esta dificultad pueden hacerse algunas consideraciones:

- a) En primer término, una cierta falta de concreción también existe en algunos de los derechos civiles y políticos, pues, a fin de cuentas, determinar en qué consiste el derecho a la igualdad o a la libertad personal exige una posterior concreción; y, sin embargo, esa dificultad no supone una merma a la eficacia de tales derechos.
- b) Un modo de paliar la expresada habitual indefinición lo ofrece la Constitución brasileña, la cual concreta por sí misma, en buena medida, el contenido de los derechos sociales (así, por ejemplo, las características de la relación laboral, del salario, jornada de trabajo, vacaciones, descansos o permisos, entre otros supuestos).
- c) También contribuye a delimitar el contenido de los derechos sociales la jurisprudencia de los tribunales internacionales y de los tribunales de otros países, cuyo conocimiento por los juristas es cada vez más accesible, lo que genera influencias recíprocas más intensas.
- d) En ocasiones sí es resulta factible alcanzar un consenso para identificar un contenido mínimo -y por tanto exigible- de los derechos sociales. Sirva de ejemplo el derecho a la educación, en el que cabe considerar que al menos la educación primaria debe estar garantizada y, por tanto, ese sería el contenido mínimo del derecho a la educación: la gratuidad de la enseñanza primaria.

7º) hay que considerar que los derechos económicos, sociales y culturales tienen elementos que permiten su aplicación inmediata cuando son puestos en conexión con otros derechos fundamentales de plena eficacia. Pondré algunos ejemplos:

- En el caso *López-Ostra contra España* (1994) la demandante habitaba con su familia en una zona donde se construyó una instalación

depuradora de aguas y residuos industriales que provocaba emanaciones de gas, olores pestilentes y contaminación; y, como consecuencia de ello, se vio obligada a abandonar su vivienda. El acierto de su defensa fue el de no invocar un derecho social -el derecho al medio ambiente- sino derechos civiles -el derecho al domicilio y el derecho a la integridad física- pues aunque los tribunales españoles rechazaron su demanda, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos le dio la razón, señalando que los atentados graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del goce de su domicilio perjudicando su vida privada y familiar.

- En el caso *D. contra el Reino Unido* (1997) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos apreció el riesgo que una deportación podía causar en la salud de un enfermo de sida que iba a ser deportado a un país africano donde no podría recibir tratamiento médico adecuado. En este caso el derecho a la salud se vinculó al derecho a la vida, pues la medida administrativa impugnada había de suponer un acortamiento de la vida del afectado.
- También puede destacarse cómo el derecho al reagrupamiento familiar del trabajador extranjero inmigrante se ha vinculado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al derecho a la vida e intimidad familiar.

En definitiva, no siempre es posible hacer una nítida diferenciación sobre el alcance de la eficacia de los derechos civiles o políticos frente a los derechos económicos, sociales y culturales, pues a menudo existe entre ellos una importante interrelación.

8º) Una importante dificultad para hacer efectivos los llamados derechos sociales puede estribar en la insuficiencia de recursos económicos de los ciudadanos para reclamarlos individualmente ante los tribunales. Por ello es importante que los jueces acepten una concepción amplia de la legitimación procesal para invocar los derechos económicos, sociales o culturales, reconociéndosela a los sindicatos y a otras asociaciones (como las de consumidores y usuarios) o a través de mecanismos procesales como la acción civil pública brasileña.

9º) Finalmente voy a referirme sucintamente a la cuestión de la eficacia de los derechos sociales frente a los actos de los particulares.

Ciertamente, son pocas las Constituciones que contienen un precepto del que puede inferirse de manera expresa e indubitada la eficacia horizontal de los derechos fundamentales de la persona. Merece destacarse el artículo 18.1 de la Constitución portuguesa, el cual dispone que las normas relativas a los derechos, libertades y garantías son “directamente aplicables”, vinculando “a las entidades públicas y privadas”. Este reconocimiento no afecta a todos los derechos constitucionales sino exclusivamente a aquellos que forman el núcleo de derechos fundamentales dotados *ex Constitutione* de una eficacia directa e inmediata, entre los que se encuentran, precisamente, los derechos del trabajador.

Pese a que la mayoría de las Constituciones no confieren una eficacia horizontal a los derechos constitucionales, su eficacia en las relaciones nacidas del contrato de trabajo se va abriendo camino, de manera lenta pero gradual. Así, el Tribunal Constitucional español ha acogido la doctrina de la *Drittwirkung*, aplicada por vez primera en Alemania por el Tribunal Federal de Trabajo y asumida más tarde por el Tribunal Constitucional alemán. En la jurisprudencia alemana el derecho fundamental, además de derecho subjetivo, forma un “sistema de valores” que el juez ha de aplicar; la jurisprudencia constitucional española admite que en la relación laboral rige el derecho fundamental si bien su posible lesión se imputa al órgano judicial cuya resolución no haya protegido adecuadamente el derecho de que se trate. En cualquier caso, el resultado es el reconocimiento en el ámbito de la relación laboral de la eficacia de una serie de derechos del trabajador: el derecho a no ser discriminado a causa de ser representante sindical, el derecho a no ser discriminado laboralmente por razón de sexo o de nacionalidad, la libertad ideológica, la libertad de información, el derecho a la intimidad o la libertad de expresión, entre otros.

Iniciado por la jurisprudencia constitucional el camino hacia la aplicación de la *Drittwirkung*, los tribunales de la jurisdicción laboral no han dudado en tutelar los derechos del trabajador en el ámbito del contrato de trabajo, configurándolos como derechos subjetivos constitucionales plenos, no necesitados de *interpositio legislatoris* para su disfrute efectivo, ejercitables frente al empresario y, como tales, susceptibles de fundamentar acciones laborales de tipo resarcitorio o de nulidad del despido.

En realidad, los poderes públicos ya no son los únicos responsable de actos lesivos de los derechos constitucionales pues la empresa puede ser también el *locus* en el que se ejercen los derechos fundamentales del trabajador; y la asimetría de

poder entre empresario y trabajador favorece la expansión de esta doctrina sobre la aplicación de los derechos constitucionales en la esfera privada. En última instancia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha configurado como canon de interpretación para determinar la legalidad de las decisiones empresariales el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores.

III. COLOFÓN

La historia del constitucionalismo es la historia de la progresiva ampliación de la esfera de protección de los derechos humanos. La atormentada historia de los países iberoamericanos, entre los que naturalmente incluyo a España, ha provocado que durante mucho tiempo haya podido considerarse al poder judicial como “la rama seca del árbol institucional” (*o ramo seco da árvore institucional*). Por fortuna, las democracias actuales aspiran a sistemas constitucionales que superan esta impotencia del poder judicial, para dirigirse hacia sistemas de gobierno más equilibrados, con poderes judiciales robustecidos y gobiernos ejecutivos eficientes y controlados.

Pero, ¿por qué es necesaria la independencia judicial?. En mi opinión, porque la independencia no debe entenderse sólo como una característica abstracta del poder judicial, ni, menos aún, como un privilegio de los jueces; sino como un derecho de los ciudadanos destinatarios de la administración de la justicia. El derecho al juez independiente constituye un auténtico derecho de las personas, cuya efectividad es condición necesaria para garantizar el ejercicio de los demás derechos. Del mismo modo que no hay Estado de Derecho sin independencia judicial, no hay derechos fundamentales efectivos sin jueces independientes que puedan garantizarlos.

El modelo de juez al que creo que aspiran nuestros ciudadanos es al de una persona profesional que, además de independiente, sea imparcial, de manera que en la toma de sus decisiones esté guiada únicamente por el conocimiento legal y la experiencia judicial.

Naturalmente, no somos ingenuos y no podemos desconocer que la independencia del poder judicial no es una meta que se alcanza de una sola vez y para siempre. Son diversos los obstáculos a los que se enfrenta el deseo de un poder judicial independiente, pero en no pocas ocasiones junto a las inquietudes se abren espacios de esperanza:



Así, es preciso reconocer en las sociedades democráticas consolidadas una influencia creciente de los medios de comunicación social, cuya incidencia no siempre es bienvenida por los jueces, porque sienten que afecta a la necesaria tranquilidad con la que deben desempeñar su labor. Pero también es cierto que en la crítica debemos reconocer lo que de verdad

contenga y aprovecharla para mejorar en el ejercicio de nuestra función.

Un segundo riesgo es el que se cierne como consecuencia de la sobrecarga de trabajo de los tribunales, pues las dilaciones o demoras en resolver los procesos causan el desprestigio del poder judicial.

Un tercer reto nace de que numerosos países han establecido Cortes o Tribunales Constitucionales, muchos de los cuales están jugando un papel importante en el control constitucional de los actos de los poderes ejecutivo y legislativo. Numerosos casos presentados a estos Tribunales tienen un alto perfil, con importantes implicaciones políticas, pero cuando son capaces de resolverlos con criterios estrictamente jurídicos resulta siempre reforzado su prestigio y, con ello, la independencia judicial.

Por último, no quiero dejar de referirme a la importancia de que todo juez tenga el deseo vehemente de perfeccionarse profesionalmente, de mejora continua mediante su participación en procesos de formación. La independencia judicial presupone siempre una Judicatura que esté bien capacitada y educada en la ley. No tengo la menor duda de que un juez bien formado está en mejores condiciones. Quiero terminar agradeciendo vuestra atención, así como la invitación de las instituciones brasileñas, lo que ha permitido que yo haya tenido la fortuna de venir a este extraordinario país, cuyo himno nacional proclama que “se ergues da justiça a clava forte, erás que um filho teu não foge à luta”.

Muchas gracias.

ANEXOS

Anexo 1. Quadro resumo dos cursos de Formação Inicial realizados

Turmas	Período	Nº de juizes formados	Origem	Carga horária
1º Curso (anterior ao projeto)	10/2006	72	7 tribunais	110h/a
2º Curso	09/04 a 04/05/2007	80	14 tribunais	124h/a
3º Curso	10/09/ a 05/10/2007	70	7 tribunais	146h/a
4º Curso	11/02 a 07/03/2008	45	6 tribunais	147h/a
5º Curso	22/04 a 21/05/2008	80	9 tribunais	148h/a
6º Curso	03 a 28/11/2008	49	8 tribunais	144h/a
7º Curso	04 a 29/05/2009	44	7 tribunais	144h/a
8º Curso	28/09 a 23/10/2009	51	9 tribunais	143h/a

Anexo 2. Quadro de participantes por TRT de origem

PROCEDÊNCIA TRT	2º CFI Nº juizes	3º. CFI Nº juizes	4º. CFI Nº juizes	5º. CFI Nº juizes	6º. CFI Nº juizes	7º. CFI Nº juizes	8º. CFI Nº juizes	Totais
RJ-1ª Região	-	-	-	-	-	15	-	15
SP-2ª Região	11	-	-	43	5	-	-	59
MG-3ª Região	-	12	-	-	22	-	15	49
RS-4ª Região	-	15	2	1	1	2	1	22
BA-5ª Região	1	31	1	1	1	1	3	39
PE-6ª Região	-	-	15	1	-	-	-	16
CE-7ª Região	1	-	-	-	-	-	-	01
AP/PA-8ª Região	3	-	8	1	8	-	8	28
PR-9ª Região	12	-	-	15	-	-	13	40
DF/TO-10ª Região	-	-	-	-	-	-	2	02
AM-11ª Região	-	-	-	16	3	-	-	19
SC-12ª Região	1	1	-	-	-	-	-	02
PB-13ª Região	10	-	-	-	-	-	-	10
RO-14ª Região	1	-	-	-	6	-	-	07
Campinas-15ª Reg.	16	-	17	-	-	16	7	56
MA-16ª Região	11	-	-	-	-	6	1	18
ES-17ª Região	-	1	-	-	-	-	-	01
GO-18ª Região	-	-	2	1	-	-	-	03
SE-20ª Região	1	-	-	-	-	-	-	01
RN-21ª Região	-	-	-	1	-	-	-	01
PI-22ª Região	8	-	-	-	-	-	-	08
MT-23ª Região	3	4	-	-	3	1	1	12
MS-24ª Região	1	6	-	-	-	3	-	10
Total de participantes	80	70	45	80	49	44	51	419

Obs.: TRT de Alagoas – 19ª Região sem participantes nos cursos de CFI.

Anexo 3. Quadro da participação de representantes da ENAMAT em eventos de aprofundamento e intercâmbio de conhecimento realizados na Espanha

Representantes da ENAMAT	Evento	Local	Período
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula	Curso de “Formación de Formadores y Equipos Gestores de Escuelas Judiciales”	Barcelona	11 a 22/06/2007
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi	Curso “Reflexiones sobre La Formación de Jueces en Iberoamérica”.	Barcelona	9 a 19/06/2008
Ministro Emmanouel Pereira	“Reflexiones sobre La Formación de Jueces en Iberoamérica”	Barcelona	5 a 16/10/2009
Ministro Renato de Lacerda Paiva	“Jurisdicción Social y Nuevo Derecho del Trabajo”	La Coruña	5 a 23/11/2007
Ministro Antonio José de Barros Levenhagen	Visita ao Consejo General del Poder Judicial	Madrid	24 a 30/05/2008
	Visita às Escuela Judicial Española	Barcelona	

Anexo 4. Conteúdo contemplado nos Cursos de Formação Inicial-CFI

- Administração Jurídica;
- Deontologia Profissional Aplicada;
- Linguagem Jurídica;
- Lógica Jurídica;
- Hermenêutica Constitucional e Jurisdição em Direitos Fundamentais Sociais;
- Morfologias do Trabalho e da Produção na Sociedade Contemporânea;
- Psicologia e Comunicação;
- Psicologia Judiciária Aplicada;
- Perspectiva Histórico-Crítica da Justiça do Trabalho;
- Relacionamento com a Sociedade e a Mídia;
- Sistema Judiciário;
- Questões Atuais de Direito do Trabalho. Aspectos controvertidos da prescrição do direito no trabalho;

- Questões Processuais na Justiça do Trabalho;
- Sessão do Tribunal Pleno – TST;
- Proteção aos Direitos Humanos nas Relações do Trabalho;
- Desafios do Combate ao Trabalho Infantil e Escravo;
- Condutas Discriminatórias por Gênero, Raça, Condição Etária, Opção Sexual e Deficiência Física;
- Aspectos da Prova Ilícita no Processo Trabalhista;
- Flexibilização e Unicidade Sindical: Estudo Comparativo Brasil – Espanha;
- Aspectos sócio-psicológicos da discriminação trabalhista: a prática degradante;
- Os Crimes Contra a Administração da Justiça e a Atuação do Juiz do Trabalho;
- Trabalho Escravo Jurisprudência Trabalhista;
- Aplicação de Normas da OIT no Direito Brasileiro;
- Desafios da Execução no Processo do Trabalho;
- A consolidação das experiências da Magistratura;
- Aspectos da Prova Ilícita no Processo Trabalhista;
- Psicologia Judiciária Aplicada;
- Atuação do MPT, no 1º Grau – Ação Civil Pública e em Varas do Trabalho;
- O Direito Sanitário e o trabalhador: a saúde no meio-ambiente do trabalho e a prática judicial;
- O direito do trabalho e a crise econômica atual;
- Relação Advogado e o Juiz do Trabalho;
- A Relação Profissional entre os Operadores Jurídicos na Justiça do Trabalho;
- A evolução da questão social no Brasil contemporâneo;
- A efetividade do Direito Social no Brasil;
- Perspectiva Histórico-Crítica da Justiça do Trabalho;
- As Peculiaridades Regionais no Exercício da Jurisdição: as Experiências do Brasil Continental;
- Tecnologias aplicadas à Magistratura do Trabalho;

- Técnica de Juízo Conciliatório;
- Oficina de Conciliação Judicial Trabalhista Local;
- Técnica de Instrução de Processo do Trabalho;
- Técnica de Instrução/Execução Trabalhista;
- Técnica de Decisão Judicial;
- Desafio da Execução no Processo do Trabalho;
- Questões Financeiras e Previdenciárias da Carreira;
- A Jurisprudência Consolidada do TST: Questionamentos;
- O papel do associativismo na magistratura e a inserção do magistrado;
- Equidade na Prática Judicial Trabalhista;
- Desafios e Possibilidades para a Efetividade da Jurisdição Trabalhista;
- Sistema de Cálculo Rápido e Sistema de Audiências;
- Estruturação e Utilização do Sistema BACEN JUD;
- Operação de Instrumentos de Informática;
- Sistema de Cálculo Rápido;
- Tecnologias aplicadas nas sessões do TST;
- Aspectos Gerais da Virtualização do Processo e Certificação Virtual;
- Laboratório Judicial;
- Oficina de Decisão Processual;
- Oficina de Gestão Processual;
- Oficina de Instrução Processual;
- Supremo Tribunal Federal Sessão do Tribunal Pleno;
- Sessão do Conselho Superior da Justiça do Trabalho;
- Sessão da SBDI-1 – TST;
- Cine/debate.

Anexo 5. Relação de pessoas e autoridades que participaram do processo de sistematização do projeto

1. Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, do Tribunal Superior do Trabalho e diretor da ENAMAT
2. Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, do Tribunal Superior do Trabalho e conselheira da ENAMAT
3. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, do Tribunal Superior do Trabalho
4. Ministro Renato de Lacerda Paiva, do Tribunal Superior do Trabalho e conselheiro da ENAMAT
5. Juiz Giovanni Olsson, Juiz da Vara do Trabalho de Chapecó e conselheiro da ENAMAT
6. Pedro Flores Urbano, coordenador-Geral da AECID
7. Rosario Boned Abad, diretora de Programas da AECID
8. Denimar Ferreira de Menezes Noronha, subsecretária Administrativo-Acadêmica da ENAMAT

Anexo 6. Bibliografia

1. AECID/TST. *Documento de Formulação de Projetos*. PRODOC. Brasília, [s/d].
2. CNJ. Conselho Nacional da Justiça. *Relatório Anual 2009*. Brasília.
3. ENAMAT. *Relatório de Atividades 2007, 2008, 2009*. Brasília: ENAMAT.
4. IFCI/AECID. *Termo de Referência no. 02/2010*. Categoria de Investimento: Consultoria. "Avaliação Final do Projeto: Apoio à instalação e desenvolvimento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT", maio/2010.
5. Ministerio de Asuntos Exteriores Y de Cooperación. *Plan Director de la Cooperación Española-2009/2012*. Documento Líneas Maestras, Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores Y de Cooperación, Dirección General de Planificación, Políticas para El Desarrollo y Eficacia de La Ayuda, 2009.
6. TST/AECID. *Protocolo de Intenções entre o Tribunal Superior do Trabalho e a Agência Espanhola de Cooperação Internacional para a execução do projeto "Apoio à instalação e desenvolvimento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho"*. Brasília, 2006.

Sites consultados:

1. <http://www.enamat.gov.br/?page_id=7>. Acessado em: 06/09/2010.
2. <http://www.aecid.org.br/portal/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=56>. Acessado em: 06/09/2010.

ISBN 978-85-64478-01-5

