Nuevas tesis de defensa colectiva

Carlos CASTRESANA FERNANDEZ

El balance que ofrece hasta ahora la "guerra contra el terror", con la invasión de Afganistán e Irak, y la severa restricción de algunas libertades fundamentales, no puede ser más desolador.

Nadie recuerda ya los buenos propósitos enunciados sobre Afganistán. No existen planes de reconstrucción ni particular interés por la democratización del país. El Presidente Hamid Karzai recorre las cancillerías rogando nuevas inversiones y más ayuda contra el terrorismo, y el país sigue ocupado militarmente con excepción de las zonas todavía controladas por los *taliban* y aquellas otras que han sido reconquistadas por los "señores de la guerra", en las que la producción de opio ha vuelto a ser la primera actividad económica pasando, en el primer año de la "liberación" de 185 a 3.400 toneladas.

En cuanto a Irak, la esperanza de una solución pacifica y democrática se encuentra empañada por los secuestros, los atentados terroristas y los ataques armados que se suceden a diario. La Resolución 1546 del Consejo de Seguridad de la ONU es un punto de partida positivo, pero tropieza con serios obstáculos: no está claro que haya sido negociada con quienes controlan efectivamente el país, y tampoco cuenta con un respaldo exterior efectivo, pues Francia, Alemania, Rusia y China han reiterado que no apoyarán el esfuerzo militar multinacional. La ONU carece de autoridad sobre el contingente armado desplegado en Irak y sobre el nuevo Gobierno provisional. Y el perfil del Primer Ministro interino Ayad Alawi, antiguo agente de la CIA y responsable de los atentados con bombas contra objetivos civiles cometidos en Bagdad durante la pasada década, no augura precisamente un desempeño independiente de sus funciones.

En la retaguardia, la situación tampoco ha mejorado. Los principios políticos e ideológicos que sustentan la "guerra contra el terror" han supuesto en muchos países un retroceso generalizado de las libertades democráticas, caracterizado por la creciente atribución de funciones y facultades al poder ejecutivo al margen de cualquier control por parte del poder judicial y del legislativo, y a pesar de ello no se ha conseguido incrementar la seguridad. No se rectifica, no se asumen responsabilidades, y se persiste en justificar la guerra de agresión en virtud de una supuestamente novedosa noción de guerra preventiva. La insuficiencia de las respuestas y los errores cometidos ante el nuevo desafío del terrorismo internacional, y la manipulación sistemática de la información ha conducido a la opinión pública a la perplejidad. Informes del Departamento de Justicia y del Departamento de Defensa estadounidenses, elaborados por juristas supuestamente prestigiosos, justifican sin disimulo la tortura. La doctrina gubernamental de las naciones más democráticas y poderosas de la Tierra defiende la violación de la Carta de Naciones Unidas.

Afortunadamente, la actuación protagonizada por George W. Bush, y secundada principalmente por Tony Blair y José María Aznar, está generando una reacción que va en aumento, y se traduce en el castigo electoral de los responsables. En la sociedad civil norteamericana se extiende el estado de opinión —compartido incluso por muchos de quienes apoyaron inicialmente la invasión de Irak— de quienes se sienten avergonzados y traicionados al contemplar las imágenes de sus soldados sometiendo a los prisioneros de Abu Ghraib a vejaciones para ellos inimaginables. Además, diversas iniciativas legales, admitidas por primera vez ante los tribunales federales y el Supremo, permiten albergar algunas esperanzas. ¿La solución? Volver al principio.

LA GUERRA PREVENTIVA

Si alguna cosa positiva tienen los más recientes acontecimientos, es que los ideólogos del desafío de las Islas Azores, a la vista de las pírricas victorias cosechadas, se lo pensarán dos veces antes de volver a recurrir a la fuerza armada. Desde el primer momento se esforzaron por preservar las formas, aún cuando las decisiones estaban adoptadas de antemano: la de invadir Irak fue anterior a la desautorización de las Inspecciones de la ONU, a la puesta en escena ante el Consejo de Seguridad; anterior posiblemente, incluso, a los atentados del 11 de septiembre de 2001.

Después de haber obtenido el visto bueno del Consejo de Seguridad para el ataque a Afganistán, y previendo que la opinión de varios de los países con derecho de veto en el Consejo no sería la misma respecto de Irak, el gobierno norteamericano decidió redefinir con antelación sus planteamientos. El 17 de septiembre de 2002 la Casa Blanca hizo pública su nueva Estrategia Nacional de Seguridad. En ella avanzaba un concepto de guerra preventiva que presenta tres talones de Aquiles: primero, destruye un principio creado hace más de un siglo y medio por el propio gobierno norteamericano, y aceptado por toda la comunidad internacional para definir los límites entre los actos de legítima defensa y los de agresión; segundo, choca frontalmente con las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas; y tercero, cumple con las condiciones que según la doctrina y la jurisprudencia internacionales configuran el crimen de agresión.

EL "CASO CAROLINA"

Los límites de la legítima defensa de los Estados fueron establecidos en 1837. En ese año tuvo lugar una insurrección de los colonos de Canadá contra

el dominio británico. Aunque los estadounidenses permanecían formalmente neutrales en el conflicto, no impidieron que los rebeldes se adiestraran en una isla del lado norteamericano del Río Niágara, y utilizaran un pequeño barco de vapor estadounidense, el Carolina, para transportar hombres, armas y otros materiales desde Estados Unidos a Canadá. En esas circunstancias, un cuerpo de la milicia canadiense-británica cruzó el Niágara, y después de una refriega en la que murieron varios norteamericanos, prendió fuego al barco y lo abandonó a la deriva en el río hacia las cataratas. El Gobierno de Estados Unidos protestó por la invasión de su territorio, que consideró una agresión injustificada a una nación no beligerante. Gran Bretaña respondió invocando su derecho de autodefensa. La réplica del Secretario de Estado norteamericano Daniel Webster constituyó, y constituye aún hoy, la formulación más depurada de la acción preventiva legítima. "La única excepción al carácter inviolable del territorio de los Estados independientes —afirmó Webster— es la autodefensa, pero ésta debe quedar limitada a aquellos casos de necesidad inmediata e inevitable, hasta el punto de no permitir en modo alguno escoger los medios, ni deliberar siquiera". Los británicos se disculparon formalmente, y el incidente quedo zanjado.

Según la doctrina establecida en el "caso Carolina", pues, el ataque preventivo contra un Estado del que no se ha recibido una previa agresión, sólo es legítimo si cumple tres condiciones. Primera, la necesidad: no debe caber alternativa. La actuación ha de ser inevitable y constituir el único medio posible para conjurar la amenaza. Segunda, la proporcionalidad: se trata de una legítima defensa anticipada, por lo que la intervención ha de ser la mínima imprescindible. Eliminado el peligro, la justificación desaparece. Y tercera, la falta de deliberación: la necesidad de autodefensa ha de ser urgente, derivada de un peligro inminente. La autodefensa preventiva legítima es incompatible con la premeditación.

LA CARTA DE LA ONU

La Carta de las Naciones Unidas aprobada en 1945 reprodujo esencialmente los postulados de Webster, aunque no contempló las acciones preventivas. Proclama, por una parte, el carácter inviolable del territorio de los Estados independientes, y reconoce a éstos, por otra, el derecho de autodefensa. En consecuencia, prohíbe, como regla general, el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado (artículo 2,4). Después de señalar el compromiso y la obligación de los Estados miembros de solucionar pacíficamente sus controversias (artículo 2,3), les autoriza a hacer uso de la fuerza únicamente en dos casos: para preservar o restablecer la paz y la seguridad, previa autorización del Consejo de Seguridad (artículo 24,1 y capítulo VII); y como respuesta a una previa agresión hasta que la Organización adopte las medidas pertinentes (artículo 51). Proclama, pues, la regla de "no disparar primero"

La Carta alude reiteradamente al concepto de agresión, que es fundamental en los mecanismos de preservación de la paz y la seguridad, pero no lo define. El Estatuto y la Sentencia del Tribunal de Nuremberg, tampoco lo definieron, aunque el articulo 6 del primero tipificó como crímenes contra la paz "La planificación, preparación, iniciación o desarrollo de una guerra de agresión o una guerra en violación de los tratados internacionales, acuerdos o garantías, o la participación en un plan común o conspiración para realizar las conductas anteriores".

El reparto de poder en el seno de la Organización de las Naciones Unidas se basó, conforme fue diseñado en 1945, en un delicado equilibrio entre las grandes potencias y los demás Estados. En el texto se procura la solución negociada de las controversias a través del consenso entre todos, y en caso de no conseguirse, la Carta reserva el derecho de veto a los grandes. El veto es sustancialmente negativo. El Estado que disfruta de ese derecho puede imponer unilateralmente a la organización una obligación de no hacer. Incluso alcanzado un acuerdo por la mayoría, éste puede ser destruido por la decisión de uno solo. Sin embargo, ese poder excepcional no se da en la dirección contraria. Respecto de Irak, Estados Unidos podía impedir actuar a la ONU, pero no podía obligarla a secundar sus planes militares. Podía evitar, y así lo hizo, que la organización condenase la guerra, pero no podía, ni puede, obligar a la Organización a legitimarla.

Es posible distinguir entre una violación formal de la Carta, y otra de carácter sustantivo. Formal sería aquella en que los Estados actúan en contra de lo acordado, o sin contar con autorización, pero en circunstancias en las que la falta de autorización procede, no de la Carta misma, o de su contenido sustancial, sino de la actitud obstruccionista de quienes pueden impedir con su veto que las disposiciones de la Carta se apliquen, abusando de esa prerrogativa en contra del principio de buena fe establecido en el articulo 2,2. En tal caso, un Estado puede actuar formalmente contra la Carta, y no obstante, no vulnerar sus aspectos sustantivos, si su actuación se ajusta a las previsiones en ella contenidas para la preservación de la paz y la seguridad.

Tal infracción, puramente formal, sería muy diferente de la sustantiva, en la que no solamente o no principalmente se prescinde de las normas que rigen el proceso de adopción de acuerdos, sino que se violan las disposiciones de fondo de la Carta. En este segundo supuesto se encuentran quienes hacen la guerra fuera de los casos en los que el uso de la fuerza está autorizado. En estos casos, ni siquiera un acuerdo del Consejo de Seguridad podría legitimar aquello que la Carta prohíbe. La Carta de 1945 es, fundamentalmente, un tratado de paz, continuador del Pacto Briand-Kellog de 1928 por el que la mayor parte de los Estados del mundo renunciaron a la guerra. La violación, pues, de un tratado de paz, mediante un acto de agresión no autorizado formal ni sustantivamente, no refrendado por el Consejo de Seguridad ni contemplado en la norma, constituye un crimen internacional contra la

paz; el más grave, porque engloba en sí mismo a todos los demás, tal como fue declarado en la Sentencia del Tribunal de Nuremberg.

LA RESOLUCION 3314 (XXIX)

Costó treinta años lograr un acuerdo para definir los actos de agresión. Se consiguió con la aprobación el 14 de diciembre de 1974 de la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. En la misma, la Asamblea consideró que la agresión era la forma más grave y peligrosa de uso ilegal de la fuerza armada, especialmente tomando en cuenta —ya entonces— la existencia de "todo tipo de armas de destrucción masiva". Reafirmando el deber de los Estados de abstenerse de utilizar la fuerza y también el principio de inviolabilidad territorial, la Resolución definió en su artículo 1 la agresión de la siguiente manera: "Constituye agresión el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o de cualquier otra forma contraria a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas".

En su artículo 2, la Resolución 3314 reitera la regla de "no disparar primero". Se considera agresor, *prima facie,* a quien, en cualquier conflicto, inicia el uso de la fuerza, sin perjuicio de que el Consejo de Seguridad, en función de las circunstancias, entre ellas la de que el acto o sus consecuencias no revistan gravedad suficiente, pueda estimar que no constituye agresión.

Tomando en cuenta la definición del artículo 1 y la regla del artículo 2, el artículo 3 de la Resolución enumera (sin carácter exhaustivo, según aclara el artículo 4) los actos que constituyen agresión, independientemente de si han sido precedidos o no por una declaración formal de guerra. El primero y más importante es: "La invasión o ataque por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o cualquier ocupación militar, incluso temporal, resultante de tal invasión o ataque, o cualquier anexión mediante el uso de la fuerza del territorio de otro Estado o de una parte del mismo". Los sucesivos apartados del precepto relacionan otras modalidades de agresión: bombardeos, bloqueos marítimos, etc.

El artículo 5 declara que "Ninguna consideración, de cualquier naturaleza, sea política, económica, militar u otra, puede servir como justificación de una agresión". La guerra de agresión —añade— es un crimen internacional contra la paz, que da lugar a responsabilidad.

En consecuencia, puede afirmarse que la comunidad internacional, con arreglo a las previsiones de la Carta de las Naciones Unidas, atendiendo a los precedentes históricos, y tomando en cuenta la Resolución 3314 de la Asamblea General de la ONU, ha dispuesto que el derecho de autodefensa de los Estados está limitado a los casos de respuesta a un previo ataque o, todo lo más, a la acción imprescindible para responder a una amenaza inminente de uso de la fuerza por parte de otro Estado. Así lo recoge, por ejemplo, el artículo 0915 de las Regulations de 1973 de la Armada de los Estados Unidos.

La Corte Internacional de Justicia declaró en la Sentencia de 27 de junio de 1986 del Caso Nicaragua v. Estados Unidos que la noción de agresión, tal como fue definida en la Resolución 3314, constituye el derecho internacional consuetudinario vigente.

Puede plantearse la necesidad de redefinir esas reglas. Cuando fueron formuladas y reiteradas ya se conocían las armas de destrucción masiva, pero no existía una amenaza terrorista de la gravedad y características de la actual. La Casa Blanca podría haber propuesto razonablemente la modificación de la Carta de Naciones Unidas, de la Resolución 3314, y de la doctrina vigente. Ha preferido imponer unilateralmente nuevas reglas en 2002. Y en marzo de 2003, junto con los británicos, españoles y otros, las ha aplicado en Irak.

LAS NUEVAS REGLAS

Ante la ausencia de un previo ataque de Irak al que responder, y estimando que posiblemente no podría convencer al Consejo de Seguridad de la inminencia del peligro representado por Sadam Hussein, la Casa Blanca decidió en septiembre de 2002 reescribir unilateralmente la noción de guerra preventiva en su nueva Estrategia de Seguridad Nacional. En el preámbulo del documento se proclama que Estados Unidos defenderá la paz luchando contra "terroristas y tiranos", que su principal enemigo es la combinación de "radicalismo y tecnología", y se anuncian las que serán sus líneas maestras: "América actuará contra las amenazas emergentes antes de que se hayan formado por completo... Nuestra mejor defensa es un buen ataque".

El nuevo concepto de guerra preventiva está desarrollado en el Capítulo V, que comienza constatando el fin de la etapa histórica en que la paz y la coexistencia pacífica estaba garantizada por la mutua disuasión. "Las nuevas amenazas —señala el documento— proceden de los terroristas y de los Estados que les apoyan, que violan los derechos de su población, no respetan la ley internacional ni los tratados que firman, están determinados a adquirir armas de destrucción masiva, respaldan a los terroristas, rechazan los valores humanos y odian a los Estados Unidos. Debemos estar preparados —prosigue— para detener a esos Estados y a sus clientes terroristas antes de que sean capaces de amenazar o de usar armas de destrucción masiva contra los Estados Unidos, sus aliados y amigos".

Seguidamente, la Estrategia de Seguridad Nacional renuncia a la doctrina Webster: "No podemos basar nuestra defensa únicamente en posturas reactivas, como hicimos en el pasado. No podemos permitir a nuestros enemigos golpear primero. Durante siglos se ha considerado que las naciones no necesitan sufrir un ataque antes de poder tomar le-

galmente acción para defenderse contra fuerzas que presentan un peligro de ataque inminente. El concepto de amenaza *inminente* debe ser adaptado a las capacidades y objetivos (actos de terrorismo y potencialmente, uso de armas de destrucción masiva) de los adversarios de hoy. Estados Unidos ha defendido desde hace tiempo la opción de acciones anticipatorias para contrarrestar una amenaza *suficiente* a nuestra seguridad nacional, aunque permanezca incierto el tiempo y el lugar del ataque".

Una sola palabra basta para derogar el ordenamiento jurídico vigente. A partir de ahora, ya no será precisa una amenaza "inminente" para recurrir a la fuerza armada. Bastará una amenaza "suficiente".

¿Cuáles son las garantías con las que pretende abordarse un cambio tan radical, especialmente teniendo en cuenta el riesgo, cuya existencia reconoce el documento, de que la anticipación pueda servir como pretexto para la agresión? ¿Cómo se reconocerá la suficiencia de una amenaza? ¿Quién dispondrá de la autoridad para efectuar esa valoración necesariamente probabilística? Los procedimientos prevenidos en el documento para asegurarse de que la amenaza tiene la entidad suficiente como para justificar el uso unilateral y no reactivo de la fuerza armada, son, a pesar de la trascendencia de la cuestión y la relevancia del documento, de una pobreza argumental extrema: "Procederemos siempre después de deliberar y sopesar las consecuencias de nuestras acciones —se asegura—. Para fundamentar las opciones anticipatorias, deberemos: construir capacidades de inteligencia mejores y más integradas que obtengan a tiempo información precisa de las amenazas, dondequiera que éstas puedan surgir; coordinar estrechamente con los aliados la formación de valoraciones comunes de las amenazas más peligrosas; y continuar transformando nuestras fuerzas militares para asegurar nuestra capacidad de realizar operaciones rápidas y precisas y conseguir resultados decisivos". Es todo.

Quizá la guerra de Irak sea la más clara demostración de la inconsistencia de los precedentes postulados. No existía, nunca existió, una amenaza inminente. Hoy sabemos que tampoco había ninguna amenaza suficiente. Las razones invocadas para justificar la guerra se han desvanecido como el humo. En Irak no había armas de destrucción masiva. Sadam Hussein no disponía de laboratorios móviles, no había comprado uranio a Níger, y no preparaba ninguna accion militar. No estaba vinculado con Al Qaeda, ni había participado en los atentados del 11-S. Confrontados a la inconsistencia de las razones argumentadas en su momento, Bush y Blair han decidido endosar la responsabilidad a sus servicios de inteligencia; a los mismos servicios de inteligencia a quienes la Estrategia de Seguridad Nacional encomienda nuestro futuro. Las declaraciones del director de la CIA, de los responsables norteamericanos de la inspección de armas a Irak, del que fuera jefe de los Inspectores de la ONU, Hans Blix, y los datos revelados tras el trágico final del científico británico David Kelly, indican, sin embargo, que los informes de los servicios de inteligencia, de por sí inexactos y deficientemente fundamentados, fueron además deliberadamente manipulados y exagerados.

NUREMBERG

El carácter preventivo de la guerra ya había sido invocado antes. Lo utilizaron ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg las defensas de los principales jerarcas del Tercer Reich acusados del crimen de agresión, respecto de los ataques alemanes a la Unión Soviética y a Noruega.

Los acusados alegaron que la guerra contra la Unión Soviética había tenido carácter preventivo (preventive) y que el ataque estaba justificado por el temor de que Stalin, no obstante el pacto de no agresión germano-soviético en vigor desde el 23 de agosto de 1939, estuviese preparando un ataque contra Alemania. El rearme soviético era real y su capacidad militar, nada desdeñable. El argumento fue sin embargo rechazado por el Tribunal. Los documentos examinados, enumerados en la Sentencia, demostraban que los alemanes nunca consideraron inminente el peligro que pudiera suponer para ellos la Unión Soviética, y que el objetivo de la invasión había sido apoderarse del territorio para incorporarlo al Reich y explotarlo económicamente. El Tribunal declaró que el ataque había constituido un crimen de agresión.

Más complicada resultó la cuestión respecto de la invasión de Noruega. La Sentencia constata que el 2 de septiembre de 1939, inmediatamente después de invadir Polonia, Alemania había dirigido una comunicación formal al Gobierno de Noruega en la que se comprometía a respetar su inviolabilidad e integridad territorial, siempre que los noruegos permaneciesen neutrales. Se declara probado que los alemanes iniciaron en octubre de 1939 la preparación de planes para una eventual invasión de Noruega con un doble objetivo: querían prevenir que el territorio noruego pudiera ser ocupado por los Aliados, y estaban interesados en la instalación de bases navales en Trondheim y Narvik. En diciembre de 1939 persistían los planes con el mismo doble objetivo, si bien, según se declara probado, Hitler manifestó su preferencia por mantener el *status quo* de neutralidad de los países nórdicos.

El 1 de marzo de 1940 —sigue relatando la Sentencia— el Führer emitio una Directiva en la que ordenaba la preparación de la ocupación alemana de Dinamarca y Noruega, y aseguraba: "Esta operación permitiría prevenir la invasión británica de Escandinavia y el Báltico; adicionalmente, aseguraría nuestro aprovisionamiento de mineral de Suecia, y daría a nuestra Armada y Fuerza aérea una línea de salida más amplia contra Gran Bretaña". La invasión de ambos países —añadía Hitler— debía ser simultánea y por sorpresa. El 24 de marzo de 1940 se libraron las órdenes ejecutivas, y el 9 de abril de 1940 se consumó la invasión.

En el juicio, los acusados alegaron que, no obstante la neutralidad de Noruega, se vieron obliga-

dos a invadirla con carácter anticipatorio (preemptive) para evitar la ocupación británica de Noruega que hubiera puesto en grave peligro, en plena guerra, la seguridad territorial de Alemania.

La alegación tenia fundamento. El Alto Mando británico había ordenado el 20 de marzo de 1940 la ocupación de puertos y aeropuertos noruegos. Las tropas debían zarpar de Inglaterra el 5 de abril. La operación se demoró unos pocos días, y no llegó a ejecutarse porque los alemanes se adelantaron.

La Sentencia reconoce que no había podido determinarse con exactitud hasta qué punto estuvo influenciada la decisión de los alemanes por la posibilidad de que Noruega fuera ocupada por los Aliados. La información de que disponía Hitler no era uniforme: unas fuentes le indicaban que el gobierno noruego estaba dispuesto a consentir tácitamente la ocupación británica, y otras lo desmentían. La orden —consideró el Tribunal— no fue librada para prevenir un desembarco aliado, que los alemanes no consideraban inminente (desconocían el Acuerdo del Alto Mando británico), sino, en el mejor de los casos para los acusados, para prevenir una ocupación aliada en fecha no determinada. En esas condiciones —razona la Sentencia— la invasión alemana de Noruega no puede ser considerada defensiva, porque "los ataques preventivos (y aquí reproduce literalmente la doctrina del Caso Carolina) sólo se justifican en caso de una necesidad extrema e inmediata de autodefensa". La invasión, concluye, constituyó un acto de agresión.

La guerra de Irak no es comparable, por muchas razones, con la Segunda Guerra Mundial. Los principios jurídicos, sin embargo, son los mismos: la guerra de agresión es un crimen, con independencia de la dimensión del conflicto. El fiscal británico en Nuremberg, Sir Hartley Shawcross afirmó en 1945 que aquel juicio debía servir "como advertencia para los gobernantes del futuro". El norteamericano, Robert H. Jackson, aseguro entonces: "No podemos imponer a otros normas penales que no aceptemos que puedan ser también invocadas contra nosotros".

La doctrina vigente indica, pues, que cualquier acto de agresión constituye un delito internacional, y que tal conducta sólo puede quedar exenta de responsabilidad penal si quienes la cometen actúan amparados por una causa de justificación tan grave, al menos, como la conducta misma. La fabricación incontrolada por Irak de armas químicas o nucleares y su voluntad de usarlas indiscriminada e inmediatamente, o de cederlas con el mismo fin a grupos terroristas, hubiera justificado la conducta agresiva anglo-norteamericana, y también la de sus cooperadores necesarios. No existiendo ese peligro, no siendo desde luego inminente, la conducta no es excusable.

CONCLUSION

El sombrío diagnóstico de Beccaria mantiene una penosa actualidad después de doscientos cincuenta años: "El curso demasiado libre del poder mal dirigido ha dado un largo y autorizado ejemplo de fría atrocidad". La conducción de la "guerra contra el terror" al margen del derecho nacional e internacional ha causado la perdida de miles de vidas; ha permitido la derogación o la violación de derechos fundamentales en las sociedades más avanzadas, y no ha brindado mayor ni mejor protección a la sociedad. La amenaza terrorista no ha desaparecido. Se ha incrementado: hoy, el 50% de los saudíes se reconocen partidarios de Osama Bin Laden.

Es necesario volver al consenso, a la legalidad, y luchar contra el terrorismo por vías democráticas. Puede que la formulación vigente de la doctrina de la "amenaza inminente" esté desfasada, pero la de la "amenaza suficiente" es disparatada y se ha demostrado inútil y extremadamente peligrosa. Si el ejemplo de Irak no es suficiente, imaginemos otro: la crisis de los misiles soviéticos en Cuba de 1962, en plena guerra fría. De haber estado entonces en vigor la Estrategia de Seguridad Nacional norteamericana aprobada por George W. Bush en 2002, la crisis habría desencadenado con toda probabilidad la tercera (y última) guerra mundial.

Prescindir de las normas que limitan el derecho de autodefensa de los Estados supone una violación flagrante del derecho vigente. Supone, además, la destrucción del principal dique de contención del uso unilateral e indiscriminado de la fuerza militar por los Estados, de la principal garantía de la paz y la seguridad en el mundo. La decisión de autorizar ataques armados preventivos frente a amenazas no inminentes sólo puede corresponder al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Aunque la Carta de la ONU pueda o deba ser reformada, en especial en lo relativo al proceso de adopción de acuerdos en el Consejo de Seguridad, es la norma en vigor y debe ser respetada. Los postulados de la Estrategia de Seguridad Nacional norteamericana son incompatibles con la Carta de las Naciones Unidas. Confiar, en última instancia, decisiones de esa naturaleza y trascendencia, al contenido y eventual acierto de los informes de los servicios de inteligencia, implica prescindir de los mecanismos esenciales de preservación de la paz y la seguridad, y vacía de contenido los procedimientos de adopción de las decisiones más importantes en las sociedades democráticas, privándoles por completo de garantías, transparencia y legitimidad. Ni George Orwell lo hubiera imaginado.

Por esa vía no obtendremos mayor seguridad, sino todo lo contrario. El ejemplo de Irak debería servirnos para la reflexión: hoy sabemos que la información según la cual Sadam Hussein estaba en condiciones de desencadenar un ataque con armas de destrucción masiva en cuarenta y cinco minutos, información que resultó decisiva para desencadenar la guerra, era falsa. Sin embargo, los servicios de inteligencia del Reino Unido la asumieron, y se incorporó al documento oficial de 24 de septiembre de 2002 firmado por Tony Blair. En enero pasado, el INA (Acuerdo Nacional Iraquí) admitió ser la fuente de la información. El presidente de esa organización, Ayad Allawi, es hoy Primer Ministro de Irak.

El juez en una sociedad multicultural*

Carlos GOMEZ MARTINEZ

Cuando se han acentuado las diferencias de nivel de vida entre los países separados por un "muro de oro" cada vez más alto que atraviesa imaginariamente el planeta, y cuando se ha debilitado la esperanza de un desarrollo real de los países pobres que permita una vida digna a la gran mayoría de su población, los flujos migratorios han aumentado espectacularmente, favorecidos por los efectos colaterales de la globalización, como son la rápida circulación de la información y el abaratamiento de los costes del transporte. Hoy podemos decir que un mosaico de gentes de las más diversas culturas esta aquí, a las puertas de casa, llenando los parques de nuestras ciudades los domingos por la tarde, durmiendo por turnos en pisos precarios y ocupando un lugar cada vez más significativo de un espacio público que hasta ahora concebíamos en términos de una relativa homogeneidad.

Se trata de los nuevos excluidos. Si Grecia inventó una democracia perfecta con olvido de los esclavos, si Roma concibió el derecho sólo para quienes ostentaban la ciudadanía, hoy, la más sofisticada creación jurídica de nuestra civilización, el "Estado social y democrático de derecho", deja fuera de sus límites a un gran número de personas a los que conocemos con el nombre de "los sin papeles", en realidad, los "sin derechos".

A pesar de las barreras policiales y de las políticas de extranjería restrictivas, pocos piensan, en el fondo, que sea posible detener la inmigración. De persistir la actual tendencia, favorecida, sin duda, por la curva demográfica descendente de los países de la Unión Europea, singularmente de España, asistiremos al nacimiento de una sociedad multicultural, porque la asimilación a la cultura dominante es una opción discutible a la que se opone la concepción de la diversidad cultural como una riqueza, pero también porque la adecuada gestión de la integración deviene difícil cuando el flujo migratorio es masivo y los servicios propios del Estado de bienestar, sanidad, educación y atención social han sufrido drásticos recortes después de decenios de predominio del neoliberalismo coincidente con el neoconservadurismo imperante en buena parte del hemisferio occidental en su concepción de un Estado dotado de servicios públicos raquíticos.

Lo cierto es que, por la propia dimensión del fenómeno migratorio (en Europa viven ya trece millones de musulmanes) y por la inviabilidad de la opción asimiladora, los países occidentales se han convertido en sociedades en las que conviven en un solo espacio público culturas hasta ahora ajenas cuyos valores no son necesariamente coincidentes con los de la cultura hegemónica, lo que necesariamente afecta a las bases de nuestra convivencia y plantea, en palabras de Javier de Lucas "la necesidad de una redefinición del contrato social y político", un contrato fraguando sin la concurrencia de las culturas minoritarias ahora presentes.

Las sociedades multiculturales se caracterizan por la existencia en ellas de conflictos generados por las demandadas de reconocimiento de identidad formuladas por los diversos grupos culturales. Hasta ahora se ha venido entendiendo que la solución a estos conflictos, nuevos para el Estado de derecho, debe hacerse en clave política. Para Gianni "la característica reguladora de las sociedades multiculturales no es el sistema judicial sino el político". En igual sentido entiende De Lucas que lo que se plantea "es una cuestión de modelos, de políticas de gestión de la multiculturalidad, de sus exigencias, de sus conflictos". Lo mismo opina María José Añón, quien, mostrando su acuerdo con Gianni, afirma que "las formas de tratamiento de las disputas multiculturales exigen aproximarse al multiculturalismo como un fenómeno estrictamente político."

Sin embargo, no puede obviarse que el juez posee un ámbito de actuación propio que se ve radicalmente influido por la multiculturalidad, con independencia de cuales sean las grandes opciones políticas o legislativas para la gestión de los nuevos conflictos que plantea la existencia de un entramado de grupos culturales distintos que integran ya nuestra sociedad. Su papel clásico en el Estado de derecho se ve necesariamente afectado e incluso cuestionado por el fenómeno de la multiculturalidad.

JUZGAR, EXCLUIR AL EXCLUIDO, EXTRAÑAR AL EXTRANJERO

El proceso, el ámbito en el que se desenvuelve la actividad cotidiana del juez, no hace sino confirmar la condición de extranjero del que ya lo es: el extranjero perteneciente a un grupo cultural minoritario procedente de la inmigración, cuando es parte en un juicio, adquiere una nueva condición de extranjero. Ahora no es sólo un extraño respecto a la cultura dominante, también lo es respecto al proceso mismo.

El proceso penal actúa como factor que refuerza la exclusión. Parafraseando una expresión utilizada en victimología puede hablarse en este caso de "extranjerización secundaria" producida por el mismo proceso penal. Como señala Henri Leclerc, los imputados extranjeros se enfrentan casi sin armas a una institución que intentará hacerles caer en su propia trampa interpretando sus palabras traducidas en un acta de declaración que no entienden. En la audiencia pública deberán expresarse en un ambiente solemne y en presencia de espectadores que sienten como hostiles viéndose impotentes pa-

* Texto de la ponencia del mismo título presentada en el XIX Congreso de Jueces para la Democracia, Barcelona, mayo 2004

ra encontrar las palabras adecuadas. "Excluidos antes del proceso, excluidos de su propio proceso, ven como se desarrolla la institucionalización de su propia exclusión mediante la prisión o la expulsión del territorio nacional".

Tampoco la justicia civil, que organiza y reconoce los derechos de los ciudadanos, puede compensar la exclusión de los inmigrantes que incluso han visto obstaculizada su intervención el proceso civil por ser extranjeros (piénsese en la carga simbólica de la vigencia, hasta la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la excepción dilatoria del arraigo en juicio establecida en el artículo 534 de la ley procesal de 1881 para el caso de que el demandante fuese extranjero) y, en otras ocasiones, han visto agravada, por esa misma condición, su posición en el proceso (según el art. 1400-2 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil bastaba ser extranjero para que se entendiese legalmente que concurría el "periculum in mora" necesario para acordar el embargo preventivo). Los que carecen de derechos carecen de medios para hacerlos valer. La justicia civil es cara y si bien la asistencia jurídica gratuita permite el acceso a ella de un cierto segmento de la población, es difícil que los excluidos puedan beneficiarse de la misma. Especialmente llamativo es el caso de los inmigrantes irregulares, privados del derecho a la asistencia jurídica gratuita, excepto en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan ser conducentes a la denegación de su entrada, devolución o expulsión del territorio español (art. 20 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros).

EL PAPEL DEL JUEZ CUESTIONADO EN UNA SOCIEDAD MULTICULTURAL

Pero más allá de que el papel del juez en una sociedad multicultural pueda ser percibido como una contribución a la exclusión del excluido (en todos los países de Europa occidental el porcentaje de inmigrantes en prisión es muy superior al de los inmigrantes en la sociedad), el fenómeno de la multiculturalidad cuestiona la legitimación misma del juez.

En efecto, en la última evolución del Estado de derecho, el Estado constitucional de derecho, el juez ha encontrado su función en la garantía y efectividad de los derechos fundamentales sustantivizados en el ordenamiento jurídico. Tras la segunda guerra mundial el juez ha adquirido un especial protagonismo en el desarrollo y materialización de lo que Ferrajoli llama "el pacto constitucional sobre los derechos fundamentales". Carente de una legitimidad democrática de origen, el juez la ha hallado en la aplicación de la ley, pero no de la ley formal, sino de la que incorpora los derechos fundamentales reconocidos en la parte dogmática de las constituciones, hasta el punto de que en caso de desacuerdo entre la ley y el derecho fundamental constitucionalmente reconocido, el juez puede interponer cuestión de inconstitucionalidad. Pues bien, la interculturalidad ha hecho emerger no sólo en los círculos doctrinales sino, sobre todo, en la misma realidad social, el problema del relativismo cultural que, aplicado a los derechos fundamentales, supone la impugnación de su universalidad y su consideración como un producto netamente occidental, fruto del siglo de las luces, del liberalismo político y de la Modernidad. Así, han proliferado las críticas a la base individualista de los derechos fundamentales, que sólo contemplan el ser humano en abstracto, desvinculado de su pertenencia a un grupo social o cultural. Incluso se han promulgado textos internacionales de declaración de derechos fundamentales que pretenden la diferenciación respecto de los aprobados por la ONU, el Consejo de Europa o las constituciones de los países occidentales; se ha puesto en tela de juicio el principio de igualdad ante la ley puesto que el que Otfried Höffe llama "el dilema jurídico del encuentro intercultural" es, precisamente, que "el trato igual corre el peligro de convertirse, aplicado a extranjeros, en trato desigual y, por consiguiente, en una injusticia"; y se ha resaltado el carácter meramente ilusorio de los derechos sociales respecto de los inmigrantes que masivamente ocupan zonas de marginalidad a las que no llegan los beneficios del Estado del bienestar en franco retroceso.

El juez, que cifra su legitimidad en la efectividad de los derechos fundamentales, ve como ésta entra en crisis paralelamente a la conceptuación de tales derechos no ya solo como "artículo de exportación de la cultura occidental" (Otfried Höffe), sino también como instrumento interno para la imposición de los valores del grupo culturalmente hegemónico.

Es más, el juez se ve a menudo utilizado como un instrumento directo de políticas inmigratorias en las que la preocupación por el respeto a los derechos fundamentales ocupa un lugar secundario. En muchos casos se prevé la intervención del juez para dar cobertura a limitaciones de derechos fundamentales que no se aplican en otros ámbitos, es decir, respecto a la población no inmigrante, lo que hace que se arraigue aún más en el juez, y también en la sociedad, el relativismo respecto a los derechos fundamentales que ahora se manifiesta no sólo de una nación a otra sino en el interior de las fronteras de un país.

¿EXISTE EL PROCESO INTERCULTURAL?

Por su propio sistema de fuentes del derecho, en los países de "civil law" los jueces no pueden ser los protagonistas de las políticas de integración, no podrán desempeñar un papel semejante al que durante los años cincuenta y sesenta los jueces de los Estados Unidos de América tuvieron en la configuración de normas que permitiesen la convivencia igualitaria de distintas culturas, en lo que se denominó la desegración racial Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo USA, presidido por el Juez Warren consiguió, antes que las leyes federales, la eliminación del régimen de discriminación racial; y la sentencia Brown v. Board of Education, 347 US,

483 de 1954 sobre segregación en las escuelas, "se convirtió en catalizador que inicio la revolución igualitaria" (Bernard Schwartz).

En cualquier caso, como señala Gianni, resulta revelador que los mismos grupos que hace cuarenta años formulaban demandas de tratamiento igualitario, estén ahora pidiendo un tratamiento diferenciado, al cual ni los jueces ni los responsables políticos de los Estados Unidos dan una respuesta respetuosa de la diversidad. Al contrario, estamos asistiendo a intentos de monoculturalismo, como es la pretensión de declarar el inglés idioma oficial en algunos estados del sur y del oeste con la manifiesta intención de frenar el avance del castellano.

El papel del juez en una sociedad multicultural de derecho continental se halla en otro ámbito, el del proceso, como, de otro lado, no podía ser de otra manera. En efecto, el proceso imparcial es la nota característica de la actuación judicial, lo que distingue la sentencia de la decisión política o del dictamen experto. La resolución judicial, no se toma sino después de un proceso en el que se ha dado a las partes la oportunidad de ser oídas, sin que el juez, al actuar como tercero, estuviese mediatizado por un interés particular.

Independientemente de que se opte por una política "republicana" y se aprueben leyes que fuercen la integración (caso francés) o por un política de no intervención, pretendidamente "comunitarista", favorecedora de la atomización multicultural (caso del Reino Unido), el juez que deba resolver un conflicto con algún elemento de multiculturalidad habrá de hacer un esfuerzo especial para evitar el extrañamiento del extranjero o la extranjerización secundaria a las que se ha aludido antes.

La legitimación para el desempeño de este papel procede, precisamente, de la función del juez como garante de los derechos fundamentales. Ya se ha dicho que el relativismo cultural tiende a socavar las bases de los derechos fundamentales al privarles de su condición de "derechos humanos", aplicables a toda persona por el hecho de serlo, con abstracción del contexto social y cultural en el que vive. Pero este cuestionamiento no afecta por igual a todo el catálogo de derechos. En concreto la crítica al carácter universal de los derechos fundamentales se refiere en menor medida a los que definen lo que Jellinek llama el "status negativus" comprensivo de los derechos de libertad, entendidos como derechos de defensa contra el Estado o el poder Dentro de éstos se hallan los derechos de carácter procesal, los que garantizan el debido proceso, el proceso equitativo, recogidos, basicamente, en el artículo 24 de la Constitución Española y en el artículo 6 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre. Así, la imparcialidad y la igualdad en la aplicación del derecho, el principio de contradiccion o la presunción de inocencia son "puntos comunes esenciales" (Otfried Höffe). Si estos derechos fundamentales de naturaleza procesal son los más despojados de connotaciones culturales y pueden ser considerados como comunes y si son a la vez los que definen y legitiman la actuación judicial, la conclusión es que en la sociedad multicultural el juez mantiene su función de aplicar el derecho a través de un proceso imparcial y contradictorio, pero ¿Qué imparcialidad, qué proceso contradictorio, qué principio de igualdad en la aplicación de la ley en una sociedad multicultural?

¿QUE IMPARCIALIDAD DEL JUEZ EN LAS SOCIEDADES MULTICULTURALES?

Como dice Carnelutti, la imparcialidad no se limita a la falta de concurrencia de los supuestos de recusación y de abstención, el problema no es evitar que juzgue un juez que esté ligado por ciertos vínculos, directos o indirectos con una de las partes, sino "liberar al juez de cualquier prejuicio que, de uno u otro modo, pueda perturbar, aún en mínima medida, aquella imparcialidad".

Imparcialidad no es neutralidad que "deja intacta la desigualdad constitutiva" y que "cuestiona la suficiencia e idoneidad de los mecanismos de la democracia liberal para hacer frente a la gestión de la sociedad multicultural" (De Lucas). La imparcialidad se conseguirá mediante el reconocimiento de las dificultades para alcanzarla, admitiendo lo que Alejandro Nieto llama predisposiciones y prejuicios, para, a partir de ellos, intentar honestamente un juicio lo más objetivo posible.

Pues bien, en la necesidad de superar prejuicios que empañen su imparcialidad, el juez en una sociedad intercultural deberá hacer un esfuerzo suplementario por acercarse a realidades que pueden serle ajenas e incluso contra las que puede estar predispuesto. La tolerancia hacia las realidades culturalmente minoritarias quizás no sea la actitud más adecuada para superar los prejuicios en busca de la imparcialidad pero es, ciertamente, un primer paso. Así, para Walzer, "la tolerancia es siempre una relación de desigualdad, en la cual a los grupos o individuos tolerados se les asigna una posición inferior. Tolerar a alguien es un acto de poder; ser tolerado es una aceptación de la debilidad". La tolerancia, dice De Lucas "no es un elemento conceptual esencial del pluralismo sino una categoría histórica que responde a las condiciones en momentos históricos de precariedad en el reconocimiento y garantía del pluralismo". Al juez imparcial le corresponde, más bien, una actitud abierta al diálogo con el pluralismo cultural, lo que exige, como dice María José Añón Roig, "estar en condiciones de distanciarse de su propia cultura" siendo ésta la única perspectiva "desde la que es posible calibrar el alcance y el peso de la identidad cultural".

El juez en nuestro país se halla, en principio, bien posicionado para esta tarea, por su doble condición de europeo y ciudadano de un país como España, que conoce la multiculturalidad desde antes de que se produjera el reciente fenómeno de inmigración acelerada. Europa es una buena escuela para el diálogo intercultural Autores desde Habermas hasta Gadamer, han resaltado la diversidad cultural como una de las notas definitorias de lo que es Europa. Para Habermas "el reconocimiento de las diferencias —el reconocimiento mutuo del otro en su

alteridad— puede llegar a ser también el signo distintivo de una identidad común". Por su parte, Gadamer indica que aunque la coexistencia vivificante de diversas lenguas y culturas, religiones y confesiones sea violada frecuentemente por los individuos, pueblos o Estados "sin embargo, algo común se edifica sin cesar en nuestra existencia más íntima, con la buena fe de las partes implicadas... el multilingüismo de Europa, la vecindad con el otro en un espacio reducido y la igualdad de valor del otro en un espacio tan restringido me parece una verdadera escuela".

España es ya una sociedad culturalmente plural en la que el juez ha tenido que adaptar su actuación en ciertos aspectos (la lengua, del derecho civil autonómico) a la coexistencia de distintas culturas en un solo Estado. Recientemente ha dicho Carlos Fuentes que España es "incomprensible sin su multiplicidad racial y lingüística, celtíbera, griega, fenicia, romana, árabe, judía y goda" y que "hablamos una lengua de raíz celtíbera y enseguida latina, enriquecida por una gran porción de palabras árabes y fijada por los judíos del siglo XIII en la corte de Alfonso el Sabio".

Kymlicka ha descrito el proceso de transformación de un Estado multicultural (él habla de Estado multinacional dando al concepto de nación un significado puramente sociológico equiparable al de comunidad con base territorial y con una cultura propia) en un Estado poliétnico, lo que supone un incremento de la diversidad y la correlativa complicación del mosaico social con otros factores diferenciadores, con la incorporación del "exótico" (en terminología de Höffe), pero es evidente que los jueces españoles estarán en mejor posición para ejercer sus funciones en una sociedad multicultural que los que lo han venido haciendo en Estados culturalmente uniformes. Otfried Höffe destaca que la multiculturalidad no es un fenómeno nuevo para las que llama "sociedades viejoeuropeas" que conocieron un proceso de diferenciación originado en la disidencia religiosa en el que se han llegado a generalizar costumbres y valores diversos de modo que esferas antes consideradas extranjeras, se ubican hoy dentro de la sociedad. En el fondo, afirma Gianni, "lo que es relativamente nuevo en las democracias liberales no es el multiculturalismo en sí, sino su importancia y visibilidad como problema político".

¿QUE PROCESO CONTRADICTORIO EN UNA SOCIEDAD MULTICULTURAL?

El respeto y realización plena del principio de audiencia bilateral exige del juez, cuando en el proceso interviene un elemento de multiculturalidad, un especial esmero en los actos de comunicación verbal y escrita. La tarea del intérprete adquiere un gran protagonismo. Su labor no ha de limitarse a la traducción lingüística sino que tiene que ser capaz de transmitir al extranjero que es parte del proceso ciertos conceptos jurídicos indispensables para la adecuada comprensión de su situación y derechos. A la inversa, el intérprete deberá ser capaz de transmitir al juez no sólo la literalidad de las palabras sino, también, las peculiaridades del lenguaje verbal y no verbal indispensables para poder captar el sentido de las manifestaciones del extranjero, todo ello en la perspectiva añadida de que el proceso contradictorio no tiene solo una finalidad garantista sino que, como ha puesto de relieve Ferrajoli, posee también un valor epistemológico al ir destinado a la averiguación de la verdad, finalidad que exige que los hechos sobre los que se base la decisión judicial sean contemplados en su contexto cultural. Todos los profesionales intervinientes en el proceso deberán hacer un esfuerzo de contextualización.

Pero, además, el principio de contradicción exige del juez una actitud de especial apertura hacia la realidad culturalmente diversa del imputado de una causa penal, o de las partes en un proceso civil, de manera que la audiencia cumpla su finalidad. Para ello el juez cuenta con dos ventajas. Una es su posición institucional en el proceso que le predispone a "escuchar" —"oidores" llaman a los jueces Las Partidas—, a tomar en consideración las alegaciones de las partes y las circunstancias que rodean el conflicto a dilucidar. El juez es un profesional especialmente habituado a acercarse a la "otredad". Solo hace falta añadir al objeto del interés del juez un nuevo parámetro: el posible contexto cultural diferenciado. Lo que es absolutamente necesario es que la posición de superioridad respecto a las partes que las leyes procesales confieren al juez no pueda confundirse con una superioridad en una u otra medida relacionada con su pertenencia a la cultura hegemónica. Para ello se hace preciso un especial esfuerzo en materia de formación inicial y continuada: el juez que tiene ante sí a un detenido magrebí debe saber que si el imputado se dirige a él utilizando la segunda persona del singular, es decir, si le trata de "tú", no es por falta de respeto sino porque en su cultura no existe el "usted". Es igualmente necesario que el juez que debe dilucidar un caso que afecte a una familia procedente del Africa subsahariana sepa que en algunas de estas culturas la filiación paterna no tiene base biológica, sino que se atribuye la paternidad al varón adulto de la tribu que asume el cuidado del niño. En este sentido cabe señalar que, desde hace más de una década la Ecole Nationale de la Magistrature, el centro en el que se forman todos los jueces franceses, desarrolla un módulo sobre el Islam, tanto en su curso de formación inicial como en el de formación continuada. Anualmente unos setecientos jueces solicitan participar en él.

Pero, además, a diferencia de lo que ocurre con los poderes legislativo y ejecutivo, el juez no se acerca a los problemas con una perspectiva general sino, al contrario, con una visión individual e individualizadora pues su función es trasponer la generalidad de la ley a un caso particular. Este tratamiento individualizado de los casos hace más fácil una actitud de tolerancia y respeto ya que, como advierte Walzer, la tolerancia hacia un individuo excéntrico es bastante fácil y, a la vez, la resistencia social a la excentricidad individual no suele

ser peligrosa, y recuerda que "los riesgos son mucho mayores cuando los derechos individuales se ejercitan de forma colectiva, cuando nos referimos a grupos no convencionales y disidentes".

LA IGUALDAD EN LA APLICACION DE LA LEY EN UN CONTEXTO DE INTERCULTURALIDAD

Desde los años noventa del siglo pasado diversos autores, tanto desde el liberalismo (Kymlicka), como desde el comunitarismo (Taylor), como desde una perspectiva postmoderna (Young) han defendido la ciudadanía diferenciada como única vía para que se consiga la justicia social y política en las sociedades multiculturales. El trato diferenciado parece inevitable para la consecución de una verdadera igualdad en la aplicación de la ley.

Si doctrinalmente el complejo concepto de "ciudadanía diferenciada" se considera una clave para la comprensión y gestión de los conflictos propios de una sociedad multicultural, deberemos preguntarnos si dicha idea es traspolable al ámbito de la actuación del juez, si puede hablarse de un "tratamiento procesal diferenciado".

La respuesta habrá de pasar por un adecuado equilibrio entre el principio de afirmación de la diferencia y el principio de igualdad y, por tanto, dependerá de casos y situaciones concretas. El proceso, tal como lo conocemos, está diseñado para la resolución de conflictos de intereses y no parece el ámbito adecuado para dilucidar en él conflictos de reconocimiento de la identidad, lo que deberá evitarse por la vía de eludir toda sombra de discriminación. En efecto, en muchas ocasiones el germen de una demanda de reconocimiento de la identidad cultural es, precisamente, la discriminación. Pocas veces esta demanda de reconocimiento será formulada por la persona perteneciente al grupo culturalmente hegemónico y, sin embargo, probablemente, sí será exigida por quien interviene en el proceso penal o civil y forma parte de un grupo cultural minoritario que se considera excluido o estigmatizado por la cultura dominante. Dice Gianni que "las demandas diferencialistas son, con frecuencia, el producto o resultado de dinámicas de discriminación".

El tratamiento procesal diferenciado no debe enfatizar sólo la "diferencia", sino que debe contemplar también el otro componente de la idea, es decir, que se trate de un verdadero "proceso" en el que, por tanto, se den los requisitos esenciales de éste. Así, se podrían aceptar en el proceso algunos elementos que permiten al extranjero perteneciente a una cultura minoritaria sentirse reconocido y que, sin embargo, no obstaculizan el seguimiento de un proceso con todas sus garantías.

Un ejemplo lo hallamos en el Reino Unido. El Judicial Sudies Board, el centro en el que se forman los jueces de Inglaterra y Gales, publicó en 2000 el "Equal Treatment Bench Book", una guía en la que se contienen indicaciones sobre como deben tratar los jueces de modo diferenciado a las distintas culturas incluyendo un glosario de términos, prescripciones sobre como realizar los juramentos, con un repertorio de fórmulas para hindúes, judíos, musulmanes, sij y cuáqueros, advirtiendo de la necesidad de disponer en los locales de los juzgados de los libros santos de cada religión, e incluso de la conveniencia de permitir, en ciertos casos, que los testigos se laven las manos antes de jurar señalándose que "todos los tribunales deben disponer de facilidades para lavarse y debe concederse el necesario respeto al testigo y a su religión, incluso si ello implica un corto retraso en el procedimiento".

El tratamiento diferenciado no es un fin en si mismo, su objetivo no será que el miembro de una minoría goce de derechos o garantías procesales distintas de los que gozan los miembros de la mayoría sino crear las condiciones para que pueda disfrutar de los mismos derechos que sus conciudadanos.

Será, además, preciso que en la motivación de la sentencia, en la valoración de los hechos, en la argumentación jurídica, se evite todo tipo de evaluación sobre la calidad intrínseca de una cultura específica y que el juez haga un esfuerzo suplementario por encontrar las bases comunes que existen en muchos principios que exteriormente aparecen como culturalmente diferenciados pero que, cada uno de ellos en su propio contexto, realiza funciones análogas aunque, quizás, desde presupuestos distintos.

El poder judicial presenta la especial característica, que le diferencia del poder ejecutivo o del legislativo, de ser un poder difuso, esto es, ejercido no por una autoridad u órgano central sino por cada uno de los jueces que lo integran. Ofrece especiales posibilidades de convertirse en escenario de conflictos para los cuales aún no se ha llegado a soluciones claramente aceptadas por quienes tienen la responsabilidad política y para que puedan prosperar en él posiciones socialmente minoritarias. El juez no puede eludir la parte que le toca en la gestión de la diferencia. Facchi (citado por De Lucas) ha dicho que "definir lo que es igual y lo que es diferente es el núcleo en torno al cual se desarrolla la tarea del juez". Por ello los jueces tenemos una especial responsabilidad respecto a los derechos de las minorías culturales que integran el cada vez más rico mosaico social de nuestro país.