Ser juez en Marruecos y en España.

Introducción

Marco a partir de un denominador común para situar la reflexión y posibles líneas de acción.

Yolanda Onghena

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

MARCO A PARTIR DE UN DENOMINADOR COMÚN PARA SITUAR LA REFLEXIÓN Y POSIBLES LÍNEAS DE ACCIÓN

Yolanda Onghena

Coordinadora del Programa Dinámicas Interculturales, Fundación CIDOB

Los procesos y los efectos de la diferencia deben ser replanteados teniendo en cuenta que ninguna cultura se desarrolla en el vacío. Para ello, necesitamos un lenguaje que trate de generar confianza a partir de la experiencia y que sitúe los conceptos de identidad y diferencia como dos polos complementarios que permitan que cada persona sea capaz de negociar su lugar en este mundo.

Ante la sensación de crisis, complejidad, incertidumbre provocada por el miedo al "otro", la alteridad y la diversidad representan un desafío a la comprensión mutua que permite a los diferentes actores salvar su dignidad e integridad.

El hecho de analizar este déficit a partir de dinámicas y a través distintos mecanismos podría contribuir a una nueva relación recíprocamente estabilizadora entre lo conocido, lo familiar y lo desconocido.

Ámbito de la interacción: identidad y diferencia

Son dos caras de una misma moneda: somos lo que somos porque no somos lo que "otros" son. Las relaciones entre grupos estarían exclusivamente gobernadas por la pura lógica de la diferencia sólo en una situación en la que todos los grupos fuesen diferentes entre sí y en la que ninguno de los miembros quisiera ser otra cosa que lo que es (Currie, M).

Descartando esta noción extremadamente rígida de identidad y diferencia, Wittgenstein propone el término de **familiaridad** para enlazar identidad con diferencia en relación con grupos y pertenencia. De esta manera, el **denominador común** entre los miembros no puede definirse o reducirse, de manera estricta, como alguna característica específica compartida, sino que constituye el lazo entre identidad, (selfsameness) y diferencia (lo irreducible) como "**equivalencia**": no ser completamente igual pero tampoco completamente opuesto.

La **lógica de la diferencia**, necesaria para conocer lo que somos, no puede actuar sin el complemento de la **lógica de la equivalencia**. El "respeto a la diferencia" ya ha preestablecido una identidad, a partir de la cual se define una norma que es la de respetar la dife-

rencia. Es decir, diferencias específicas en relación con la identidad preestablecida y con afán de integración (respeto tu diferencia si te vuelves como yo).

En los últimos tiempos en cambio, en lo referente a la negociación identitaria, en un marco de procesos globales y de conexiones transnacionales, han surgido reivindicaciones para tomar en serio este campo de tensiones entre la identificación y la diferenciación

El ámbito que se escapa de estas normas etnocéntricas es precisamente este espacio entre identidad y diferencia, un espacio de tensiones, un espacio en el que se plantean las preguntas y en el que los problemas exigen soluciones.

Desde la periferia se ha tenido en cuenta este espacio "in-between" (Bhaba, 2002), en diferentes épocas y en diferentes países, se ha hablado de "transculturación", de "criollizacion" analizando este campo de tensiones pero sin aportar cambios sustanciales en la manera de actuar. Algunas autores reprochan a estos movimientos el hecho de haber aceptado (y silenciado) la situación de desigualdad (colonizador y colonizado) y de haber trabajado ámbitos no-políticos como la lingüística o la música, por ejemplo.

En los últimos tiempos en cambio, en lo referente a la negociación identitaria, en un marco de procesos globales y de conexiones transnacionales, han surgido reivindicaciones para tomar en serio este campo de tensiones entre la identificación y la diferenciación. Si García Canclini (2001) habla de "hibridación" para situar el proceso de interacción entre culturas, es precisamente porque una condición previa para que pueda haber hibridación, es que al menos haya dos culturas en condiciones de igualdad y porque este término permite, de alguna manera, que se pueda mencionar y tener en cuenta lo que no deja hibridar o no se deja hibridar (contexto socio-político). Papstergiadis (2000) habla de "hibridismo" para desafiar la oposición binaria entre puro y mezcla y para incorporar el derecho político a la movilidad (y el mantenimiento de los vínculos culturales).

Más que situar esta interacción (contexto socio-político, histórico, etc.) buscamos en este ámbito aquello que pueda generar una conversación a partir de algún elemento común (en vez de poner el énfasis en la diferencia): un "denominador común", una "familiaridad" o una "equivalencia".

Denominador común

Tenemos dos o más culturas cada una con sus teorías y sus prácticas, sus intervenciones de profesionales, etc. Hemos visto que cuando ciudadanos de una cultura se mezclan con ciudadanos de otra cultura se crean campos de interacciones de cooperación y/o de conflicto. Estas interacciones y tensiones suelen plantearse a partir de cada cultura, como hemos dicho al principio, partiendo de una identidad preestablecida y de una diferencia "por superar".

Toda comunidad humana necesita desarrollar unos **hábitos de convivencia** y las culturas en sí proporcionan elementos suficientes que coinciden o se solapan para iniciar una conversación y a partir de ahí sentir curiosidad por lo que no coincide.

Teniendo en cuenta que los profesionales son uno de los puentes entre la teoría y la práctica, sus prácticas y experiencias surgen como un

paisaje común para situar interacciones y tensiones interculturales. Este profesional, en una época de conexiones transnacionales, de movilidad creciente y de procesos globalizadores necesita información para comprender qué parte de la complejidad le condiciona en su profesión. La **conversación** permitirá el intercambio de información personalizada, el compartir "savoir-faire" entre profesionales de diferentes contextos culturales sin que haya un código identitario preestablecido o una exigencia de integración de diferencias.

Este horizonte de profesionalidad compartida proporciona **denominadores comunes, familiaridades y equivalencias** a partir de las prácticas y de las experiencias que a su vez pueden innovar códigos de comprensión, no desde una lógica de la diferenciación sino con el complemento de la lógica de la equivalencia.

Dinámica para un denominador común: la conversación

Por diálogo en general se entiende la discusión sobre un problema para llegar a un acuerdo. Proponemos la conversación como paso previo al dialogo, ya que la conversación no tiene ese propósito. El objetivo de acuerdo hace que la diferencia tenga que disolverse porque habrá una supuesta unanimidad universalizadora. Hablamos de diálogo pero en muchas ocasiones la conversación se produce en una situación de desigualdad cultural (estrechamente relacionada con la desigualdad económica). ¿No se trataría, por lo tanto, más bien de una negociación en la cual uno impone sus condiciones al otro? ¿Habría un objetivo común en este diálogo, común en el sentido de que se trata de un encuentro, de una escucha y de un reconocimiento?

La conversación, según Appiah (2007), no tiene que conducir a un consenso sobre algo y aún menos sobre valores: respeta y escucha la diferencia porque el objetivo es que las personas se habitúen unas a otras. Y ello, teniendo en cuenta que las personas son el soporte de los procesos globales actuales, personas que se mueven e interactúan y que necesitan habituarse unas a otras, es decir, que necesitan desarrollar hábitos de convivencia para que los procesos no queden en corrientes anónimas y estériles.

Proponemos la conversación como paso previo al dialogo, ya que la conversación no tiene que conducir a un consenso sobre algo y aún menos sobre valores: respeta y escucha la diferencia porque el objetivo es que las personas se habitúen unas a otras

Características:

Compromiso: Entrar en conversación es comprometerse con la experiencia y con las ideas de otros. Para iniciar una conversación, se requiere una cierta **curiosidad** previa, una predisposición como al empezar un libro o una película, una actitud de disposición receptiva: sencillamente, podemos estar intrigados por maneras de pensar, de sentir o de actuar alternativas.

Compartir: Identidad/Diferencia. Cada cultura tiene **coincidencias** suficientes para iniciar una conversación. Los puntos necesarios para entrar en una conversación trans-cultural son aspectos (por mínimos que sean) que comparten los que forman parte de la conversación. No tienen que ser universales, sólo es necesario que haya algo en común sobre qué conversar.

Reconocimiento: Las personas somos diferentes y podemos aprender de las diferencias con los otros. Tras descubrir aspectos que compartimos, y la existencia de un cierto grado de familiaridad o de *confianza*, surge posteriormente la posibilidad de que seamos capaces de disfrutar descubriendo aspectos que no compartimos.

Resulta preocupante ver como se desaprovecha la reflexión existente surgida de experiencias, ya sean en el propio país o en otros países con mayor tradición de interacciones interculturales

Horizonte de denominador común: la profesión

Intercambio de experiencias entre profesionales

Resulta preocupante ver como se desaprovecha la reflexión existente surgida de experiencias, ya sean en el propio país o en otros países con mayor tradición de interacciones interculturales. Los académicos reclaman nuevas gramáticas, nuevos vocabularios para entender y describir la complejidad. Estas innovaciones conceptuales no se imponen desde la teoría, sino que surgen por la necesidad cotidiana de los actores que viven y trabajan estos terrenos de tensiones. Sin embargo no existe relación entre la teoría y la práctica, es más, los canales de comunicación están obstruidos por otras preocupaciones, ya sean la crisis interna (sistema educativo), o las audiencias (medios de comunicación). De lo anterior:

Ambito de interacción

Intentamos plantear la relación diferencia/identidad en el ámbito profesional en el que existen, por una parte, unos profesionales con experiencia directa en procesos globales a través muy frecuentemente de una urgencia de actuación. Por otra parte, los profesionales son los que están situados entre la teoría y la práctica y los que están legitimados para divulgar la información a otros profesionales.

Denominador común

El denominador común, el paisaje de fondo será la profesión. No se trata por lo tanto de personas pertenecientes a diferentes culturas, sino de profesionales con una inquietud compartida: su ética y su competencia profesional.

Dinámica a partir de un denominador común: conversación

- Compromiso: curiosidad
- Compartir: coincidencias
- Reconocimiento: confianza

Proponemos un intercambio de experiencias, es decir una conversación en la cual no se pretenderá llegar a un consenso. Habrá una curiosidad previa, una actitud de compromiso con las maneras de ver del otro (profesional) y partiendo de coincidencias en las prácticas se compartirán soluciones. Este planteamiento para conocerse a través de una conversación generará confianza.

Horizonte denominador común: profesión

a – personas

Se propone un encuentro con un grupo de cinco profesionales de dos (o más) países y dos (o más) ponentes (profesionales también) como interlocutores para la preparación de los temas y el informe del encuentro.

b – temas

Se proponen tres ejes:

- la ética profesional
- la estructura profesional
- lo transnacional

Se elaborará un esquema más detallado en colaboración con los dos ponentes. Los temas serán consensuados por los dos grupos de profesionales y el intercambio se centrará en compartir inquietudes, problemas y eventuales soluciones para crear una cierta complicidad profesional, más allá de posibles diferencias identitarias o culturales.

c – resultados

El conocimiento de prácticas y experiencias entre profesionales de lugares distintos, refuerza la profesionalidad individual mediante esta información adicional. Aunque no se compartan las prácticas en los diferentes contextos, habrá un denominador común (la profesión) que generará confianza creando esa curiosidad hacia lo desconocido. Puesto que el profesional tiene un contacto directo con la sociedad civil, podrá comunicar esta "familiaridad" con lo que se supone desconocido y amenazador.

Referencias bibliográficas

APPIAH, Kwame Anthony. *Cosmopolitismo*. *La ética en un mundo de extraños*. Editorial katz, 2007.

BHABA, Homi K. *El lugar de la cultura*. Buenos Aires: Mannantial, 2002.

CURRIE, Mark. *Difference (The New Critical Idiom)*. Routledge, 2004.

GARCÍA CANCLINI, Néstor. *Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad*. Paidós-2001 (ed. actualizada).

PAPSTERGIADIS, N. *The turbulence of migration*. Cambridge: Polity Press, 2000.

Être juge au Maroc et en Espagne.

Introduction

Cadre à partir d'un dénominateur commun pour situer la réflexion et les lignes d'action possibles.

Yolanda Onghena

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

CADRE À PARTIR D'UN DÉNOMINATEUR COMMUN POUR SITUER LA RÉFLEXION ET LES LIGNES D'ACTION POSSIBLES

Yolanda Onghena

Coordinatrice du Programme Dynamiques Interculturelles, Foundation CIDOB

Les processus et les effets de la différence doivent être repensés en tenant compte du fait qu'aucune culture ne se développe dans le néant. Pour cela, nous avons besoin d'un langage qui tente de générer la confiance à partir de l'expérience et qui situe les conceptions d'identité et de différence comme deux pôles complémentaires qui permettent à toute personne d'être capable de négocier sa place au sein de ce monde.

Devant la sensation de crise, complexité, incertitude provoquée par la crainte de « l 'Autre », l'altérité et la diversité représentent un défi pour la compréhension mutuelle, qui permet aux différents acteurs de sauver leur dignité et leur intégrité.

Analyser ce déficit en partant de dynamiques et au moyen de mécanismes pourrait contribuer à une nouvelle relation stabilisatrice réciproquement entre ce qui est connu, familier et inconnu.

Domaine de l'intéraction: identité et différence

Ce sont les deux faces d'une même monnaie : nous sommes ce que nous sommes car nous ne sommes pas ce que « d'autres » sont. Les rapports entre groupes ne seraient gouvernés exclusivement par la pure logique de la différence que dans une situation où tous les groupes seraient différents entre eux, et dans laquelle aucun des membres ne voudrait être autre chose que ce qu'il est (Currie, M.).

Rejetant cette notion extrêmement rigide d'identité et de différence, Wittgenstein propose le terme de **familiarité** pour faire le lien entre l'identité et la différence par rapport aux groupes et à l'appartenance. Ainsi, le **dénominateur commun** entre les membres ne peut être strictement défini comme ou réduit à une caractéristique particulière partagée, mais constitue le lien entre l'identité (*selfsameness*) et la différence (l'irréductible) en tant qu' **« équivalence »** : ne pas être tout fait semblable mais pas tout à fait opposé non plus.

La **logique de la différence**, nécessaire pour savoir qui nous sommes, ne peut être mise en œuvre sans le complément de la **logique de l'équivalence**. Le « respect de la différence » a déjà préétabli une iden-

tité, à partir de laquelle est définie une norme, qui est de respecter la différence. C'est-à-dire, des différences particulières par rapport à l'identité préétablie et avec une volonté d'intégration (je respecte ta différence si tu deviens comme moi).

Au cours de ces dernières années, en revanche, au sein de la négociation identitaire, dans un cadre de processus globaux et de connexions transnationales, ont jailli des revendications à prendre au sérieux ce champ de tensions entre l'identification et la différenciation

Le domaine qui échappe à ces normes ethnocentriques est précisément cet espace entre identité et différence, un espace de tensions, un espace dans lequel se posent les questions et dans lequel les problèmes exigent des solutions.

Cet espace « in-between » (Bhaba, 2002) a été envisagé depuis la périphérie, en différentes époques et dans différents pays, on a pu parler de « transculturation », de « créolisation » lors de l'analyse de ce champ de tensions, mais sans apporter de modifications substantielles à la manière d'agir. Certains auteurs reprochent à ces mouvements le fait d'avoir accepté (et passé sous silence) la situation d'inégalité (colonisateur et colonisé) et d'avoir travaillé sur des domaines non-politiques, tels que la linguistique ou la musique par exemple.

Au cours de ces dernières années, en revanche, au sein de la négociation identitaire, dans un cadre de processus globaux et de connexions transnationales, ont jailli des revendications à prendre au sérieux ce champ de tensions entre l'identification et la différenciation. Si García Canclini (2001) parle « d'hybridation » pour situer le processus d'interaction interculturel, c'est justement parce que l'existence d'au moins deux cultures en conditions d'égalité est l'une des conditions préalables pour que l'hybridation soit possible, et que ce terme permet, dans un certain sens, de mentionner et d'envisager ce qui empêche d'hybrider ou ne se laisse pas hybrider (contexte socio-politique). Papstergiadis (2000) parle « d'hybridisme » pour défier l'opposition binaire entre pureté et mélange et pour incorporer le droit politique à la mobilité (et le maintien des liens culturels).

Plutôt que de situer précisément cette interaction (contexte socio-politique, historique, etc.), nous cherchons dans ce domaine ce qui pourrait générer une conversation à partir d'un élément commun (au lieu de mettre l'accent sur la différence) : un « dénominateur commun », une « familiarité » ou une « équivalence ».

Dénominateur commun

Nous avons deux ou plusieurs cultures chacune avec ses théories et ses pratiques, ses interventions de professionnels, etc. Nous avons vu que lorsque des citoyens d'une culture se mélangent avec des citoyens d'une autre culture des champs d'interactions, de coopération et/ou de conflit sont créés. Ces interactions et ces tensions sont habituellement posées en partant de chaque culture, comme nous l'avons mentionné au début, à partir d'une identité préétablie et d'une différence à « surmonter ».

Toute communauté humaine a besoin de développer des **habitudes de vie en commun** et les cultures apportent en elles-mêmes suffisamment d'éléments qui coïncident ou se recouvrent pour engager une conversation et sentir à partir de là de la curiosité pour ce qui ne coïncide pas.

Étant donné que les professionnels sont l'un des ponts existant entre la théorie et la pratique, leurs pratiques et leurs expériences s'imposent comme un **paysage commun** pour situer des interactions et des tensions interculturelles. Ce professionnel, en une époque de connexions transnationales, de mobilité accrue et de processus globalisateurs, a besoin d'information pour comprendre quelle part de complexité le conditionne dans sa profession. La **conversation** permettra l'échange d'une information personnalisée, le partage du savoir-faire entre les professionnels de différents contextes culturels, sans qu'un code identitaire préétabli ou qu'une exigence d'intégration des différences soient nécessaires.

Cet horizon de professionnalisme partagé fournit des **dénominateurs communs, des familiarités et des équivalences** issues des pratiques et des expériences qui, à leur tour, peuvent créer des codes de compréhension, non à partir d'une logique de la différentiation, mais avec le complément de la logique de l'équivalence.

Dynamique pour un dénominateur commun: la conversation

Par « dialogue », nous entendons en général la discussion sur un problème pour aboutir à un accord. Nous proposons la conversation, comme premier pas vers le dialogue, puisque la conversation n'inclut pas cet objectif. L'objectif d'accord implique que la différence soit dissoute en raison d'une supposée unanimité de portée universelle. Nous parlons de dialogue mais, très souvent, la conversation a lieu dans une situation d'inégalité culturelle (étroitement reliée à l'inégalité économique). Par conséquent, ne s'agirait-il pas plutôt d'une négociation dans laquelle l'un impose ses conditions à l'autre ? Y aurait-il un objectif commun dans ce dialogue, commun dans la mesure où il s'agit d'une rencontre, d'une écoute et d'une reconnaissance ?

La conversation, selon Appiah (2007), ne conduit pas nécessairement à un consensus sur un sujet donné, et encore moins sur des valeurs: elle respecte et écoute la différence puisque l'objectif est que les personnes s'habituent les unes aux autres. Et cela en tenant compte du fait que les personnes sont le support des processus globaux actuels, des personnes qui se déplacent et interagissent et qui ont besoin de s'habituer les unes aux autres, c'est-à-dire, de développer des habitudes de vie en commun pour que ces processus ne restent pas des courants anonymes et stériles.

Caractéristiques :

Engagement: entrer en conversation c'est s'engager envers l'expérience et les idées des autres. Pour entreprendre une conversation, une attitude de **curiosité** préalable est nécessaire, une prédisposition semblable à celle qui accompagne le commencement d'un livre ou d'un film, une attitude de disposition réceptive : nous pouvons simplement être intrigués par des manières de penser, de sentir ou d'agir alternatives.

Nous proposons la conversation, comme premier pas vers le dialogue, puisque la conversation , en revanche, ne conduit pas nécessairement à un consensus sur un sujet donné, et encore moins sur des valeurs: elle respecte et écoute la différence puisque l'objectif est que les personnes s'habituent les unes aux autres

Partager: Identité/Différence. Chaque culture présente des **coïncidences** suffisantes pour commencer une conversation. Les points nécessaires pour engager une conversation transculturelle sont des aspects (même minimes) partagés par ceux qui participent à la conversation. Ils n'ont pas besoin d'être universels, il suffit juste d'avoir en commun un sujet de conversation.

Reconnaissance: Nous sommes différents en tant que personnes et nous pouvons apprendre des différences avec les autres. Suite à la découverte des aspects partagés, et à l'existence d'un certain degré de familiarité ou de **confiance**, surgit postérieurement la possibilité d'être capables de prendre plaisir à découvrir des aspects non partagés.

Il est préoccupant de voir le peu de profit que l'on tire de la réflexion déjà existante, qu'elle soit issue d'expériences menées dans son propre pays ou dans d'autres pays dotés d'une plus forte tradition en matière d'interactions interculturelles

Un horizon de dénominateur commun: la profession

Échange d'expériences entre professionnels

Il est préoccupant de voir le peu de profit que l'on tire de la réflexion déjà existante, qu'elle soit issue d'expériences menées dans son propre pays ou dans d'autres pays dotés d'une plus forte tradition en matière d'interactions interculturelles. Les académiciens réclament de nouvelles grammaires, de nouveaux vocabulaires pour comprendre et décrire la complexité. Ces innovations conceptuelles ne s'imposent pas à partir de la théorie, mais sont issues de la nécessité quotidienne des acteurs qui vivent et travaillent dans ces domaines de tensions. Cependant, il n'existe pas de relation entre la théorie et la pratique, plus encore, les canaux de communication sont obstrués par d'autres inquiétudes, soient-elles crise interne (système éducatif) ou niveaux d'audience (médias). De ce qui précède:

Domaine d'interaction

Nous essayons de poser la relation différence/identité dans le domaine professionnel, où existent tout d'abord des professionnels possédant une expérience directe des processus globaux, le plus souvent à travers l'urgence de la mise en œuvre. D'autre part, ce sont les professionnels qui sont placés entre la théorie et la pratique et qui possèdent la légitimité pour divulguer l'information à d'autres professionnels.

Dénominateur commun

Le dénominateur commun, le paysage de fond sera la profession. Il ne s'agit pas par conséquent de personnes appartenant à des cultures différentes, mais de professionnels partageant la même inquiétude : leur éthique et leur compétence professionnelle.

Dynamique à partir d'un dénominateur commun: la conversation

- Engagement: curiosité,
- Partager: coïncidences
- Reconnaissance: confiance

Nous proposons un échange d'expériences, c'est-à-dire une conversation dont le but ne sera pas d'aboutir à un consensus. Il y aura une curiosité préalable, une attitude d'engagement vis-à-vis des approches de l'autre (professionnel) et des solutions seront partagées, issues de coïncidences dans les pratiques. Cette approche, qui vise la connaissance par la voie de la conversation, générera de la confiance.

Horizon dénominateur commun: profession

a – personnes

Une rencontre avec un groupe de cinq professionnels originaires d'au moins deux pays différents est proposée, en présence d'au moins deux rapporteurs (professionnels également), en tant qu'interlocuteurs pour la préparation des sujets et du compte-rendu de la rencontre.

b – sujets

Trois axes sont proposés:

- l'éthique professionnelle
- la structure professionnelle
- l'aspect transnational

Un schéma plus détaillé sera élaboré en collaboration avec les deux rapporteurs. Les sujets seront approuvés à la majorité par les deux groupes de professionnels et l'échange sera axé sur le partage d'inquiétudes, les problèmes et les éventuelles solutions, pour créer une certaine complicité, au-delà des possibles différences identitaires ou culturelles.

c – résultats

La connaissance des pratiques et des expériences entre professionnels venant de différents endroits, renforce la professionalité individuelle grâce à cette information additionnelle. Même si les pratiques dans les différents contextes ne sont pas partagées, il y aura un dénominateur commun (la profession) qui engendrera la confiance en créant cette curiosité de l'inconnu. Puisque le professionnel a un contact direct avec la société civile, il pourra communiquer cette « familiarité » envers ce qui est supposé inconnu et menaçant.

Réferences bibliographiques

APPIAH, Kwame Anthony. *Cosmopolitismo*. *La ética en un mundo de extraños*. Editorial katz, 2007.

BHABA, Homi K. *El lugar de la cultura*. Buenos Aires: Mannantial, 2002.

CURRIE, Mark. *Difference (The New Critical Idiom)*. Routledge, 2004.

GARCÍA CANCLINI, Néstor. *Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad*. Paidós-2001 (ed. actualizada).

PAPSTERGIADIS, N. *The turbulence of migration*. Cambridge: Polity Press, 2000.

Ser juez en Marruecos y en España.

Síntesis del seminario

Pau de Vílchez Moragues

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

Pau de Vílchez Moragues

Técnico en Cooperación Internacional y Derechos Humanos
(Relator del Seminario)

Introducción

Razón de ser: sobre un mundo en mutación y del Derecho como gramática social

Las sociedades contemporáneas ya no pueden referirse a una realidad mono-nacional, homogénea, que se manifestaría a través de una cultura autoreferenciada. Podríamos incluso preguntarnos si ello ha existido jamás. En todo caso, lo que resulta evidente es que, a día de hoy, la globalización ha aportado un grado de mezcla y mestizaje nunca antes conocido.

Las fronteras ya no pueden parar las mercancías ni las comunicaciones, ni siquiera, aunque muchos países se obstinen en intentarlo, a las personas. La presencia cada vez mayor de hombres y mujeres venidos de realidades lingüísticas, culturales, políticas y religiosas diferentes es un hecho que no cesan de mostrarnos nuestras calles un día tras otro.

Este fenómeno mundial se vuelve todavía más evidente en la cuenca mediterránea, ese *mare nostrum* tan acostumbrado a que los pueblos circulen y se mezclen.

De hecho, si, como afirmaba uno de los ponentes durante el seminario, el derecho es la gramática de una sociedad, la evolución, el cambio y el enriquecimiento de nuestras respectivas realidades sociales nos obligan a revisar, reformular y enriquecer nuestros sistemas jurídicos. Pero no sólo eso. Puesto que la ley necesita una "boca" que la pronuncie y la aplique a cada caso concreto, el juez se convierte, más allá de los textos legales, en una figura central en esta toma de conciencia de las mutaciones sociales, para poder adaptar lo que dice la ley a una realidad a menudo muy lejana de la que tenía en mente el legislador.

Marruecos y España comparten una geografía y una historia pasada, presente y futura. El millón de marroquíes presentes en el suelo español contribuyen al desarrollo de uno y otro país y traen consigo un bagaje cultural enorme que estamos obligados a comprender si queremos construir una sociedad estable. Al mismo tiempo, estos mismos ciudadanos marroquíes, que tal vez un día regresen a Marruecos, tejen toda una

Si el derecho es la gramática de una sociedad, la evolución, el cambio y el enriquecimiento de nuestras respectivas realidades sociales nos obligan a revisar, reformular y enriquecer nuestros sistemas jurídicos

serie de relaciones sociales y familiares reguladas por las leyes españolas, que a veces son muy distintas de las leyes marroquíes y cuya validez en Marruecos no es para nada pacífica.

Con el objetivo de proporcionar a 11 jueces de esos dos países varios elementos complementarios de comprensión de realidades que no son las suyas, el CIDOB organizó este seminario de dos días en Rabat

Objetivo: la conversación

Con el objetivo de proporcionar a 11 jueces de esos dos países (6 marroquíes y 5 españoles) varios elementos complementarios de comprensión de realidades que no son las suyas, el CIDOB organizó este seminario de dos días en Rabat; siendo su objetivo no ya la simple exposición de las particularidades de ambos sistemas mas, al contrario, suscitar, a partir del denominador común que es el oficio de juez, una conversación cuyo objetivo último no era el consenso sino permitir un verdadero intercambio de ideas y de visiones.

Desarrollo del encuentro

Tres áreas de reflexión fueron abordadas:

- La presentación de los sistemas jurídicos marroquí y español y de sus principios fundamentales;
- La relación entre religión y derecho en ambos países;
- Las amenazas ideológicas y prácticas al estatuto del juez y los principales desafíos que las sociedades multiculturales plantean al juez.

En cada una de esas áreas cuatro jueces (dos marroquíes y dos españoles) presentaron dos temas principales. Dado el objetivo del seminario (la conversación), es evidente que se privilegió especialmente el tiempo de discusión. Así, después de las dos presentaciones de cada tema se dejaba un tiempo considerable para el debate y las preguntas, lo que permitió una mejor comprensión de los sistemas presentados por los jueces.

Son precisamente esos momentos de discusión, cuando los participantes no se limitaban a hacer preguntas, los que proporcionaron un intercambio más vivo. Ambas partes demostraron un interés evidente por conocer el otro país, pero también se pudo observar una voluntad de mostrar la realidad de cada uno, con sus aspectos positivos y negativos, sus avances y sus límites, una voluntad compartida por tanto, y una interpelación constante para intentar encontrar, con la ayuda del otro, posibles soluciones a los desafíos de su propio país.

Estructura del informe

En primer lugar, presentaremos detalladamente los principales temas abordados, que acabamos de citar, destacando aquellos puntos que suscitaron un mayor debate con la finalidad de mostrar al lector lo más representativo de cada "conversación". Aquellos que deseen profundizar alguna de las cuestiones discutidas pueden referirse al capítulo correspondiente de este volumen en el que encontraran el texto completo de la intervención.

En segundo lugar, esbozaremos algunas de las cuestiones transversales, surgidas de forma recurrente a lo largo del seminario. Cuestiones como la formación de los jueces, las reformas necesarias para adaptar el sistema jurídico a las realidades multiculturales y a las exigencias de la justicia, así como los actores que influencian, y a veces condicionan, el trabajo del juez, fueron abordadas por la mayoría de los participantes y constituyen elementos de reflexión sobre los que es importante insistir.

Para concluir, intentaremos elaborar un glosario a partir de las reflexiones de los participantes sobre diversos conceptos clave: la ley, el derecho, el juez y la justicia. Ello nos permitirá comprender mejor el significado de estos conceptos y todo lo que conllevan, especialmente si tenemos en cuenta que, aún siendo básicos para la práctica judicial, no son, ni mucho menos, estáticos ni uniformes. Es importante señalar que no se trata de definiciones en sentido estricto, sino de ideas que derivan de los debates que tuvieron lugar durante el seminario.

Algunos de los principales problemas que todavía quedan por resolver en Marruecos son la lentitud, la mala calidad de las sentencias y la complejidad de los procedimientos

Temas abordados en las intervenciones

Los sistemas jurídicos en Marruecos y en España: perspectivas cruzadas

I. Introducción al sistema jurídico marroquí y español

Este primer tiempo del seminario, sirvió para presentar brevemente los rasgos principales de cada sistema.

El ponente marroquí afirmó la voluntad de reformar y adaptar a la modernidad el sistema jurídico de Marruecos, una reforma apoyada plenamente por el Rey actual y que ya ha dado lugar a varias reformas legislativas importantes:

- Nuevo Código Procesal Penal, que instaura mayores garantías para el acusado, establece mecanismos alternativos a la prisión preventiva y mejora la protección de las víctimas.
- Nuevo Código de Familia, que avanza hacia la igualdad entre el hombre y la mujer, así como también entre hijos y respecto a los derechos de filiación.
- Nuevo Código de Trabajo, que refuerza las condiciones laborales siguiendo las indicaciones de la OIT (Organización Internacional del Trabajo).

Algunos de los principales problemas que todavía quedan por resolver en Marruecos son la lentitud, la mala calidad de las sentencias y la complejidad de los procedimientos.

Por lo que se refiere al sistema jurídico español, se procedió a describir la organización judicial (los cuatro órdenes – civil, penal, contencioso-administrativo y social - y los grados jurisdiccionales – primera instancia unipersonal, segunda instancia colegiada, Tribunal Supremo) así como los procesos penal y civil (este último totalmente renovado), entre otros.

Lo más destacado de este primer intercambio fue la discusión acerca de varios temas que se revelaron importantes tanto en España como en Marruecos.

Otro punto que fue objeto de discusión es la independencia del juez, así como las relaciones entre los poderes públicos y el poder judicial

Por un lado, la **preocupación por la justicia**, que en España encuentra su fundamento en la Constitución, en tanto que garante de los derechos fundamentales, y cuya importancia se refleja en el **principio de aplicación directa de la Constitución** por los jueces. Los tratados internacionales ocupan también un lugar preeminente en el sistema jurídico español puesto que la Constitución establece su supremacía frente a las leyes nacionales.

En Marruecos, la preocupación por el respeto a las garantías judiciales y por la calidad de las sentencias choca contra la **carga de trabajo de los jueces** (tres millones de asuntos al año en Marruecos, sobretodo penales).

Para fortalecer la calidad de la justicia resulta esencial potenciar la buena **formación de los jueces** (aún cuando la labor de los abogados es también, en este sentido, fundamental). En España, los jueces reciben una formación de 15 meses, centrada en la práctica judicial, después de haber aprobado una oposición sumamente difícil y basada principalmente en la capacidad memorística del aspirante.

Otro punto que fue objeto de discusión es la *independencia* del juez, así como las relaciones entre los poderes públicos y el poder judicial. En España, la independencia personal de los jueces es incuestionable, sin embargo la independencia orgánica es mucho más problemática a causa de la composición del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), órgano de gobierno de los jueces, aquejado de un sistema de selección de sus miembros extremadamente complejo y para el cual no resulta fácil encontrar un equilibrio que permita evitar tanto el corporativismo como la politización.

En Marruecos, el problema aparece sobretodo respecto a la posición bicéfala del ministro de justicia, que es al mismo tiempo vicepresidente del Consejo Superior de la Magistratura[1]. Existe una proposición en el sentido de que sea el primer Presidente de la *Cour de Cassation*[2] quien asuma dicha vicepresidencia.

II. Verdad material y garantías en los procesos civil y penal. Los derechos fundamentales en el proceso judicial.

La característica principal del proceso penal en un estado democrático y de derecho es que el conflicto debe ser resuelto por un juez imparcial a través de un diálogo equitativo, imparcial e informado entre las partes, el cual, a la hora de tomar su decisión, parte de la presunción de inocencia del acusado como regla del proceso. El respeto a las garantías procesales y a los **derechos fundamentales**, entre los cuales se haya el principio contradictorio, es capital.

Marruecos, que intenta alcanzar un clima jurídico global que garantice la seguridad jurídica, aprobó el pasado mes de octubre de 2007 la Carta Nacional para el refuerzo de las **garantías legales de los procesos judiciales**, en los ámbitos civil y penal, a raíz de la cual se instauraron toda una serie de principios: el derecho de acceso a la justicia, la transparencia del proceso, el respeto al principio del proceso justo, la simplificación de los procedimientos

y el tratamiento de los asuntos en un plazo razonable. Como complemento a estas garantías encontramos los principios que caracterizan al sistema de justicia: la independencia, el doble grado de jurisdicción, la especialización, la colegialidad o el respeto al derecho de defensa.

En España, el Tribunal Constitucional ha jugado un papel esencial de cara a la consolidación y el fortalecimiento de las garantías procesales y los derechos fundamentales. Así, la doctrina más reciente del Tribunal establece una distinción clara entre la verdad material, propia del proceso inquisitorial, y la verdad jurídicamente válida, que es aquella que se obtiene respetando las reglas básicas que constituyen los derechos fundamentales. Lo que intentamos conocer en el proceso penal no es la verdad en sí, sino lo que es justo y, por consiguiente, sólo la verdad que forma parte de aquello que es justo.

La existencia del Convenio Europeo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha impulsado enormemente la protección de estos derechos en España y los participantes se interrogaron sobre el impacto que podría tener una instancia similar en los países del Magreb

Esto tiene una importancia capital puesto que marca una posición clara frente a la tortura u otros métodos similares. Desde este punto de vista, las reglas procedimentales básicas para la toma de decisiones del juez son, pues, los derechos fundamentales, lo cual nos permite acceder a una verdad mejor.

Desde un punto de vista práctico, la vulneración de los derechos fundamentales y de las garantías procesales puede provocar la anulación del proceso e incluso la exigencia de una indemnización por daños y perjuicios.

La existencia del Convenio Europeo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha impulsado enormemente la protección de estos derechos en España, sobretodo la posibilidad que tienen los ciudadanos de acudir ante el Tribunal demandando a un Estado, y los participantes se interrogaron sobre el impacto que podría tener una instancia similar en los países del Magreb. Por el momento, la única organización que existe es el Comité Árabe de Derechos Humanos, con sede en El Cairo, pero que carece de poder efectivo. En Marruecos, existen vías jurídicas (el recurso) y también el Consejo Consultivo de Derechos Humanos, al que tienen acceso los ciudadanos pero que sólo puede emitir recomendaciones. En todo caso, algunas de ellas han sido tomadas en cuenta de cara a la reforma de ciertas leyes (por ejemplo, el Código Procesal Penal). Los tribunales administrativos también pueden decidir en los casos de violación de derechos humanos declarando la nulidad del proceso.

Religión y derecho en la práctica judicial, referencias e interacciones

I. Religión y derecho en el ejercicio de la función jurisdiccional

En este ámbito, Marruecos y España han optado por soluciones muy diferentes.

La realidad marroquí es compleja a este respecto: se trata de un país musulmán y árabe, situado en África y que mira hacia Europa. A lo largo de su historia, Marruecos ha acogido diferentes religiones y ello se reflejaba en las prácticas judiciales puesto que los sistemas jurídicos variaban en función de que las partes fueran musulmanas, judías o cristianas.

Marruecos ha acogido diferentes religiones y ello se reflejaba en las prácticas judiciales puesto que los sistemas jurídicos variaban en función de que las partes fueran musulmanas, judías o cristianas

Como en ciertos países de mayoría musulmana, la constitución marroquí declara que el **Islam** es la **religión del Estado**. A pesar de ello, según los participantes marroquíes al encuentro, dicho país ha sabido instaurar una síntesis entre un sistema jurídico moderno y el Islam[3]. En este sentido, el juez marroquí no estaría influido por la religión en el ejercicio de sus responsabilidades, salvo en lo referente a la deontología, pero ello únicamente en la medida en que se trate de principios reconocidos internacionalmente (por ejemplo: la rectitud,…).

España, al contrario, es un **Estado aconfesional**. Desde la aprobación de la Constitución de 1978 no existe una religión oficial y la Constitución se erige como el texto supremo del sistema jurídico. Ello no quiere sin embargo decir que España sea un estado laico.

Según el ponente español, un estado aconfesional puede garantizar mejor el respeto a la diversidad religiosa que un estado laico.

En una sociedad democrática y multicultural es necesario crear un **referente ético común** a partir de un debate democrático. El juez debe de poder situarse ante esta nueva realidad y adaptarse a ella. Esta ética debe fundarse en los textos internacionales y en la Constitución.

El juez tiene que superar los valores morales de orden religioso. En cambio, es ineludible la búsqueda continua de **valores sociales**.

Durante la discusión también surgieron algunas cuestiones delicadas. La noción de orden público, por ejemplo, fue evocada por el ponente marroquí para subrayar las diferencias entre Marruecos y España. Sin embargo, el alcance de dicha noción de orden público en Marruecos y sus implicaciones de cara a posibles innovaciones legislativas no fue abordado por los participantes.

Al final, el ponente español se preguntó si no nos esconderíamos a veces detrás del Derecho natural para evitar resolver ciertas cuestiones complicadas en nuestras respectivas sociedades.

II. Derecho de familia en Marruecos y en España

La ponente marroquí quiso centrar su intervención alrededor de tres ejes principales, siendo el primero la diversidad cultural y religiosa de Marruecos y su reflejo en la ley, el segundo las reformas relativas al estatuto de la mujer y el tercero las principales diferencias actuales entre Europa y Marruecos en relación con el derecho de familia.

En Marruecos, el estatuto personal regula todos los elementos del estado y de las capacidades de las personas. En Europa, en cambio, es mas restringido y esta diferencia provoca que a veces haya dificultades (por ejemplo en lo concerniente al trabajo de los jueces y a la ejecución de las sentencias o en relación con los derechos de entrada y de residencia en Europa de los marroquíes). Para superar estas dificultades la ponente marroquí consideró necesaria la adopción de **mecanismos de acompañamiento** de la aplicación del estatuto personal en los países europeos.

Pero ahí no terminan las diferencias: históricamente, Marruecos ha tenido en cuenta las diferencias nacionales y religiosas de las personas de cara a la organización de su sistema judicial y para la aplicación de las leyes relativas al estatuto de la persona. Actualmente, el Código de la nacionalidad marroquí establece 3 órdenes en lo relativo al estatuto personal: el de los marroquíes musulmanes, el de los marroquíes judíos y el del resto de marroquíes (especialmente los cristianos). Los extranjeros pueden escoger entre la aplicación de su ley nacional o la de Marruecos, lo cual emana de un espíritu de tolerancia.

Diversas cuestiones provocan una cierta controversia entre Marruecos y España:

En primer lugar, el estatuto de la mujer. Recientemente, varias reformas legislativas han permitido un avance considerable del estatuto de la mujer. A pesar de ello, Marruecos se queja de que los países europeos exijan reformas cada vez más importantes sin darse cuenta de las dificultades existentes para llevar a cabo reformas en este ámbito. La causa de esta diferencia de apreciación residiría, según la ponente marroquí, en el hecho de que Europa percibe el estatuto de la mujer únicamente en relación con la igualdad con respecto al hombre.

Para la participante marroquí, en lo referente al Derecho de familia hay que ir despacio y sin escandalizar. Aún así, reconoció que la sociedad marroquí ha cambiado mucho en los últimos 40 años. Por ejemplo, el divorcio por consentimiento ha recibido una amplia aceptación aún cuando se pensaba que su aprobación causaría un gran rechazo social.

En todo caso, la noción de orden público no ha sido utilizada en materia de familia únicamente por los jueces marroquíes: en los años 80, algunos jueces franceses evitaban aplicar el convenio entre Francia y Marruecos apelando al orden público.

En segundo lugar, las condiciones formales y de fondo del matrimonio, que no son tratadas del mismo modo en uno y otro país. Las condiciones de fondo para un matrimonio entre dos marroquíes en el extranjero se rigen por el derecho marroquí. Las decisiones tomadas sin tener esto en cuenta no pueden tener validez en Marruecos.

La consideración jurídica del feto también es diferente a un lado y otro del Mediterráneo, ya que, en Marruecos, el feto tiene existencia jurídica mientras que en España no es así.

Igualmente difieren los sistemas de adopción, lo cual provoca problemas en relación con el cuidado de los niños.

Por último, la poligamia, sobre la que se formuló una pregunta, continua siendo legal en Marruecos, pero su aplicación se habría vuelto muy difícil a causa de las condiciones impuestas al juez para que pueda aceptarla.

La ponente española subrayó durante su intervención las grandes transformaciones que se han producido en el derecho de familia español, el cual, desde la aprobación de la Constitución en 1978, ha dejado de estar regido por los principios y orientaciones de la Iglesia católica.

Diversas cuestiones provocan una cierta controversia entre Marruecos y España: En primer lugar, el estatuto de la mujer. Para la participante marroquí, en lo referente al Derecho de familia, hay que ir despacio y sin escandalizar

La instauración por parte de la Constitución del principio de igualdad, en tanto que principio fundamental del sistema jurídico, supuso un giro copernicano que ha permitido a España lanzar toda una serie de reformas legislativas en estos últimos años destinadas a adaptar el derecho de familia a la evolución de la sociedad

Para esta magistrada, el elemento determinante fue la instauración por parte de la Constitución del principio de igualdad en tanto que principio fundamental del sistema jurídico. Ello supuso un giro copernicano que ha permitido a España lanzar toda una serie de reformas legislativas en estos últimos años destinadas a adaptar el derecho de familia a la evolución de la sociedad. Entre los principales textos aprobados podemos citar:

- La Ley contra la violencia de género (2004);
- La Ley para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres (2007);
- La Ley de reforma del matrimonio civil (2005), que permite casarse a parejas del mismo sexo;
- La Ley de reforma del divorcio (2005), que suprime toda noción de culpabilidad o de sanción en relación con el divorcio o la separación.

Los principales valores sobre los que se fundamentan estas reformas son la igualdad y la libertad individual, así como el libre desarrollo de la personalidad.

Dichas reformas han tenido asimismo un gran impacto sobre la organización judicial, puesto que se han creado tribunales especializados: Tribunales de familia, Tribunales de violencia de género.

Las amenazas ideológicas y prácticas para el estatuto del juez y los principales desafíos a los que se enfrenta el juez en las sociedades multiculturales

I. Las amenazas ideológicas y prácticas para el estatuto del juez en Marruecos y en España. Se le puede pedir una productividad al juez?

Los participantes del encuentro coincidieron en señalar la existencia, hoy en día, de amenazas importantes para el juez.

Una de las amenazas percibida por los jueces de ambos países es la globalización, puesto que desde hace años la delincuencia ha adquirido una evidente dimensión internacional. Sin embargo, el papel de los jueces se mantiene, en gran medida, encerrado dentro de las fronteras nacionales.

La aprobación de *textos* internacionales y de tratados bilaterales para favorecer la cooperación judicial internacional ha supuesto un gran esfuerzo. Pero ello no es suficiente. Por un lado, el juez debe estar cada vez más al corriente de las realidades legislativas de otros países. Por otro, es necesario construir una atmósfera de confianza entre los jueces de los distintos países para garantizar que los textos internacionales tengan una verdadera aplicación práctica.

A todo esto se suma que la demanda de justicia ha aumentado de forma ininterrumpida, como consecuencia de diversos factores (desaparición de las instancias tradicionales de resolución de los conflictos, una mayor conciencia de sus derechos por parte de los ciudadanos, la expansión de la cultura de la reclamación) y al mismo tiempo aumentan las críticas dirigidas contra la calidad de la justicia. En este contexto, en algunos países europeos, como es el caso de España, se ha instaurado un sis-

tema de primas a la productividad, un mecanismo importado de la empresa privada. Sin embargo, podemos interrogarnos sobre la medida en la que dicho tipo de medidas respeta de forma suficiente la calidad de la justicia, que no se reduce al simple número de sentencias sino que también tiene en cuenta la motivación de las mismas o la atención que el juez presta al proceso, el tratamiento digno y equitativo a las partes y la capacidad de escucha del juez, entre otros. Cabe señalar que este sistema fue finalmente anulado en España por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Actualmente, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) trata de encontrar un nuevo modelo que tenga más en cuenta los aspectos cualitativos. En todo caso, la cuestión esencial sigue siendo: ¿Es posible medir la calidad de la Justicia?

Los problemas de calidad y de productividad están igualmente ligados a factores que no dependen de la voluntad del juez, como es el caso de la disponibilidad de medios materiales y personales suficientes. Los participantes marroquíes subrayaron la necesidad de extender la utilización de la informática y las bases de datos, como ya se hace en España, así como la necesidad de aumentar el número de jueces, de modernizar la formación que reciben y de racionalizar en mayor medida su despliegue.

Tanto en España como en Marruecos, una cultura democrática profunda requiere un esfuerzo presupuestario considerable por parte de la administración de justicia, que permita asegurar a los jueces un salario proporcionado a la importancia de sus funciones y modernizar la oficina judicial garantizando, al mismo tiempo, la plena incorporación el magistrado a las nuevas tecnologías.

Dos factores adicionales de debilitamiento de la justicia son los *mass media* y el terrorismo. La justicia y los medios de comunicación comparten la función de controlar al poder político o económico. Es por ello que todas las constituciones democráticas, del mismo modo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reconocen la importancia del papel de los medios de comunicación para garantizar la crítica al poder y el pluralismo político. Los medios de comunicación y la justicia ejercen funciones convergentes y esa es la razón por la que también pueden competir entre sí. Es perfectamente normal que los medios de comunicación controlen la justicia. El problema aparece cuando los medios realizan procesos paralelos. Es necesario preservar el espacio propio de la jurisdicción. En este campo de la opinión pública el juez carece prácticamente de capacidad de respuesta.

Más allá del dolor de las víctimas, el terrorismo supone siempre una provocación a la autoridad, incluyendo la autoridad judicial. En un contexto de dolor, de impacto, por actos terroristas graves, de miedo y demandas sociales de protección, el sistema judicial debe mantener su modo de actuar: juzgar los crímenes en un proceso desarrollado respetando plenamente las garantías y los derechos fundamentales. Si, presionados por este ambiente de miedo y de exigencias de protección, los jueces no observasen estos principios, el terrorismo habría comenzado ya a ganar su primera batalla. Además, la falta de respeto a los derechos fundamentales en los procesos por terrorismo produce efectos opuestos a aquellos que buscábamos.

Los medios de comunicación y la justicia ejercen funciones convergentes y esa es la razón por la que también pueden competir entre sí. Es perfectamente normal que los medios de comunicación controlen la justicia. El problema aparece cuando los medios realizan procesos paralelos

La posición del juez en un Estado de Derecho es una posición fuerte. Y lo es porque el juez se encarga de aplicar la ley, que es la expresión de la voluntad general, además de ser un tercero en el conflicto, desprovisto de interés en que un caso se resuelva de una u otra forma. En ese sentido, el juez cuenta con la fuerza de la razón

Por último, las relaciones con el **poder ejecutivo** también son un factor de debilitamiento del juez, ya que los jueces son, o pueden ser, un **contrapoder**. Ello no se plantea del mismo modo en España y en Marruecos. En España, se trata principalmente de una cuestión de **disponibilidad** de los **medios necesarios** para que los jueces ejerzan sus funciones, cuestión a la cual el gobierno no ha sabido, por el momento, dar una respuesta adecuada. El problema estriba en que, incluso si la función de juez es algo bien distinto de los medios materiales y personales para el ejercicio de la justicia, el ciudadano no distingue fácilmente entre una y otra cosa y lo único que percibe es que la justicia es lenta, sin diferenciar las responsabilidades de unos y otros.

En Marruecos, por el contrario, es la **independencia** misma del juez la que no está plenamente garantizada. Así, el ministro puede destinar un juez a un tribunal durante seis meses, sin que dicho juez lo haya solicitado. Esta prerrogativa, fundada sobre el criterio más bien vago de la "necesidad", ha sido a menudo utilizado con intención punitiva o de control. *No existe*, pues, **inamovilidad** de los jueces en Marruecos, al contrario que en España donde dicho principio fue instaurado por la Constitución.

Esta cuestión suscitó numerosas intervenciones de los participantes, que debatieron acerca de la **libertad de expresión** de los jueces. En España, el juez es un ciudadano, pero debe preservar la **imparcialidad objetiva** (además de la subjetiva). Ello es un derecho fundamental de los ciudadanos, fundado en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En aras del respeto a este principio, el juez no debe pronunciarse públicamente sobre cuestiones meramente políticas. Si pueden, en cambio, los jueces participar en debates que tengan relación con las justicia. En Marruecos, la realidad es un poco diferente, puesto que los jueces gozan formalmente de la libertad de expresarse, pero deben solicitar permiso por escrito al Ministerio de justicia antes de hacerlo, detallando en la petición las opiniones que va a emitir. Se nos presenta aquí la cuestión de hasta dónde dicho control previo así como la ausencia del principio de inamovilidad del juez puede tener consecuencias negativas.

Con todo, no sólo existen amenazas, sino que también aparecen **oportunidades** para el juez.

La posición del juez en un Estado de Derecho, a pesar de todo lo que acabamos de señalar, es , al mismo tiempo, una posición fuerte. Y lo es porque el juez se encarga de aplicar la **ley**, que es la **expresión de la voluntad general**, además de ser un tercero en el conflicto, desprovisto de interés en que un caso se resuelva de una u otra forma. En ese sentido, el juez cuenta con la fuerza de la **razón**.

Simultáneamente, el pluralismo que caracteriza a las sociedades postmodernas hace que la ley no sea muy a menudo un texto aprobado con un gran consenso social. En consecuencia, y de forma paradójica, **la pérdida de prestigio de la ley aumenta el papel del juez**: En un contexto necesitado de racionalización, de capacidad de interpretación y adaptación a la realidad, el juez ya no puede ser considerado únicamente como "la boca que pronuncia las palabras de la ley". Por eso, algunos de los nuevos problemas que surgen en esta segunda modernidad y que no han sido todavía abordados de modo general por la ley, pueden ser

analizados y resueltos en el marco de la jurisdicción la cual, por su propia naturaleza, trata las cuestiones caso por caso, desde un punto de vista individualizado y no general (por ejemplo, en relación con los derechos de los inmigrantes o los nuevos tipos de familia). El poder judicial se convierte así en el espacio de **protección de las minorías**, aspecto clave de toda democracia.

II. Ser juez en una sociedad multicultural. Los desafíos para los jueces de España y Marruecos

La justicia marroquí se encuentra hoy en un momento histórico, marcado por la necesidad de modernizarse en un contexto globalizado. La justicia se erige cada vez más como un mecanismo revelador de las grandes cuestiones políticas que afectan a las sociedades democráticas, incluido Marruecos. Ello hace que el juez se vea confrontado, de forma creciente, a problemas de orden político.

La justicia marroquí se encuentra hoy en un momento histórico, marcado por la necesidad de modernizarse en un contexto globalizado. La justicia se erige cada vez más como un mecanismo revelador de las grandes cuestiones políticas que afectan a las sociedades democráticas, incluido Marruecos

En las sociedades multiculturales contemporáneas, donde la diferencia, percibida cada vez más como una amenaza, es fuente de discriminaciones, la relación entre el juez, el justiciable, el poder público e incluso las normas internacionales, va a cambiar inevitablemente. Se torna necesario repensar el juez en su realidad multidimensional: él encarna al mismo tiempo la imagen que la gente tiene del juez y el rol que la ley le impone.

En este sentido, Marruecos se enfrenta actualmente a dos desafíos considerables:

Por un lado, es necesaria una **reestructuración** interna de la justicia, que responda a fenómenos tales como la desestatalización de la sociedad marroquí en provecho del mercado, la descentralización del poder o la competencia que sufre la jurisdicción Marroquí por parte de otras instituciones de control y mecanismos alternativos de resolución de las diferencias. Según el ponente marroquí, las principales medidas que deberían adoptarse en este sentido son la moralización de la justicia y el fortalecimiento de las capacidades de juez.

Por otro, el sistema jurídico marroquí debe adaptarse al **marco normativo supranacional**: los instrumentos de que dispone el juez para aplicar el derecho internacional deben cambiar y es preciso definir la relación existente entre el derecho interno de Marruecos y el derecho internacional. A ello se refería el ponente marroquí cuando señalaba que algunos jueces no aplican los tratados ratificados por Marruecos pero todavía no traspuestos al derecho interno. En ese sentido, abogó por que las normas internacionales no ratificadas por Marruecos (como, por ejemplo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos) puedan servir igualmente a los jueces de cara a una mejor interpretación y aplicación de las leyes internas, en la medida en que dichas normas forman parte del Derecho internacional consuetudinario. Ello permitiría una mejor adaptación de la justicia a una sociedad que se transforma a ojos vista.

En Marruecos, existen tres casos de aplicación directa de normas internacionales: los Derechos de la personalidad, el Derecho de propiedad intelectual y el Derecho marítimo.

En España, para que el juez aplique un tratado es necesario que haya sido ratificado, pero una vez que lo está, dicho tratado se encuentra por encima de la ley (artículo 10 de la Constitución). Así, el Derecho comunitario y, sobretodo, la Jurisprudencia comunitaria tienen una enorme importancia.

La inmigración constituye en España un gran desafío para los jueces ya que dicho fenómeno es todavía reciente y tanto el marco normativo que lo regula (y que está muy condicionado por las políticas europeas) como la percepción social del mismo se encuentran en plena evolución.

La inmigración constituye en España un gran desafío para los jueces ya que dicho fenómeno es todavía reciente y tanto el marco normativo que lo regula (y que está muy condicionado por las políticas europeas) como la percepción social del mismo se encuentran en plena evolución

En el año 2000, hubo un primer intento de regulación legal de este nuevo fenómeno que era muy estricto y fundamentalmente orientado hacia el control y la expulsión de los extranjeros. La ley, que cambió de nuevo en varias ocasiones ese mismo año, creó una situación de inseguridad jurídica muy grave para las personas sancionadas con la expulsión puesto que muchos decretos de expulsión no se ejecutaban debido a su alto costes.

Los jueces de lo contencioso-administrativo, influenciados por su manera de comprender el mundo, dieron muy distintas respuestas a esta realidad cambiante y poco clara, llegando algunos a hacer prueba de excesivo rigor hacia los extranjeros. El Tribunal Supremo ha declarado que antes de expulsar a alguien hay que tomar en consideración si la persona que carece de permiso de residencia tiene, sin embargo, un arraigo (económico, familiar o social) en la sociedad. Añadiendo en una sentencia posterior que la ausencia de permiso de residencia debe dar lugar por defecto a una multa, aplicando la expulsión únicamente en circunstancias muy precisas (por ejemplo, en caso de violencia de género o de otros crímenes).

En general, la inmigración ha tenido en España un impacto muy positivo, pero ello es en gran medida desconocido por los españoles, que a veces tienen miedo, y los gobiernos tratan a veces el tema hipócritamente. La educación y la cultura son los mejores medios para adaptarse a estas transformaciones.

Actualmente, algunas de los asuntos más polémicos alrededor de la inmigración son la construcción de mezquitas y la cuestión del velo en las escuelas. No existe en España una ley que regule el velo y algunas escuelas han prohibido el acceso a alumnas que lo llevaban, pero, finalmente, las autoridades administrativas han obligado a los centros a readmitir a estas alumnas puesto que la educación debe ser prioritaria.

Lo esencial, para resolver este tipo de problemas que se presentan en las sociedades cosmopolitas es poner el acento sobre los derechos individuales fundamentales.

Cuestiones transversales y algunos elementos de reflexión

Más allá del tema de cada una de las ponencias, han aparecido algunas cuestiones a lo largo de todo el seminario que han provocado opiniones variadas entre los participantes. Nos parece pertinente presentarlas

aquí, de manera diferenciada, para que cada lector pueda acceder directamente a los diferentes argumentos presentados en relación con cada una de ellas.

La formación des jueces

España y Marruecos tienen sistemas distintos de formación de los jueces.

En España, cada año se crean entre 120 y 150 nuevas plazas de juez en la Escuela Judicial. El sistema de acceso, un concurso-oposición extremadamente difícil y basado casi únicamente en la capacidad memorística de los participantes, es el mismo para jueces y fiscales, pero su formación posterior es diferente y tampoco se desarrolla en el mismo centro.

La formación de los jueces dura 15 meses, de los cuales 9 transcurren en la Escuela Judicial. En ella se trabaja principalmente el aspecto práctico del trabajo del juez (estudios de casos prácticos, simulación de audiencias, etc…). Durante los 6 meses siguientes, se efectúa un periodo de prácticas, en tanto que juez auxiliar, durante el cual la figura del juez tutor es esencial.

La necesidad de formar a los jueces es mas importante que la de formar a los fiscales, porque éstos trabajan en equipo con otros fiscales más experimentados mientras que el juez comienza su carrera solo, puesto que la primera instancia es en España unipersonal.

En España, la necesidad de formar a los jueces es mas importante que la de formar a los fiscales, porque éstos trabajan en equipo mientras que el juez comienza su carrera solo. En Marruecos, jueces y fiscales reciben la misma formación

El fiscal debe saber expresarse bien oralmente mientras que el juez debe, principalmente, escribir bien. Es por ello que en la Escuela Judicial los jueces aprenden a redactar sentencias, aunque también reciben formación en comunicación verbal y no verbal. Además, los jueces trabajan más profundamente el derecho privado que los fiscales.

De todos modos, el proceso de Bolonia obligará, seguramente, a modificar el sistema.

Por su parte, Marruecos afirma una voluntad clara de continuar su marcha hacia la democracia, a través del pleno respeto a la primacía de la ley, la igualdad y los derechos del hombre. Para ello, resulta esencial la formación de los magistrados.

Cada año, se seleccionan 120 nuevos jueces, los cuales reciben dos años de formación en el Instituto Superior de la Magistratura (abierto en octubre de 2002): un primer año de formación teórica y el segundo práctica. Este centro es responsable de la formación inicial y continua no sólo de los jueces y magistrados sino también de los secretarios judiciales y los auxiliares de justicia[4].

Una de las principales diferencias respecto al sistema español reside en el hecho que, en Marruecos, jueces y fiscales reciben la misma formación. En Marruecos, se aplica un sistema *niyaba*, en el cual la fiscalía es una función cuasi jurídica, práctica habitual en los países árabo-musulmanes. Todos los jueces y fiscales se rigen por el mismo estatuto, incluso si sus respectivos roles y garantías profesionales difieren.

A ello hay que sumarle que un juez puede fácilmente convertirse en fiscal y viceversa. Hay una gran movilidad, lo cual constituye un problema puesto que la experiencia y los conocimientos de cada una estas profesiones son diferentes.

En España, a pesar de todas las reformas llevadas a cabo, todavía no se ha encontrado una fórmula de selección de los miembros magistrados del CGPJ que permita escapar simultáneamente al corporativismo y a la politización

Los participantes tampoco olvidaron señalar que están apareciendo nuevas necesidades formativas. Así, el proceso de globalización en el cual se inscriben ambos países obliga a los jueces a enfrentarse de forma creciente a realidades culturales y jurídicas complejas, lo que debería ser abordado durante el proceso de formación.

También sería de interés que la formación de los jueces fuera más polivalente, poniendo el acento en la informática, las lenguas y los ámbitos del saber no jurídico, como las ciencias sociales.

El funcionamiento y la estructura del sistema judicial

Dos cuestiones suscitaron especialmente el interés de los participantes en relación con el funcionamiento y la estructura del sistema judicial.

La primera se refiere a la relación entre el Ministerio de Justicia, que forma parte del poder ejecutivo, y el poder judicial. Este punto fue largamente discutido pues se identificaron algunos problemas que afectan fundamentalmente al principio de la independencia del juez.

En Marruecos, el Ministro de Justicia es, al mismo tiempo, vicepresidente del Consejo Superior de la Magistratura[5]. Asimismo, puede cambiar la afectación de un juez de forma discrecional por períodos no superiores a 6 meses, sin que dicho juez lo haya solicitado o siquiera haya dado su opinión al respecto. Ello afecta de forma muy negativa a la independencia del juez, el cual, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas europeos, no es inamovible.

En España, el problema de la independencia de los jueces no se presenta con relación al juez individual, sino al órgano de gobierno de los jueces, el Consejo General del Poder Judicial[6] (CGPJ). A pesar de todas las reformas llevadas a cabo, todavía no se ha encontrado una fórmula de selección de los miembros magistrados del CGPJ que permita escapar simultáneamente al corporativismo y a la politización. Actualmente, la falta de entendimiento entre los dos partidos mayoritarios impide la renovación del CGPJ desde hace más de un año.

La segunda cuestión, que suscitó una curiosidad especial en los participantes, es la composición unipersonal o colegial de los tribunales. En España, todos los tribunales de primera instancia son unipersonales, lo cual constituye una excepción incluso en Europa.

En Marruecos, la cuestión del juez único o de la colegialidad se plantea únicamente en relación con los tribunales de primera instancia respecto a ciertas materias[7]. El tribunal comunal o de distrito es siempre unipersonal. El resto de tribunales, entre ellos todas las jurisdicciones de segundo grado, están sometidos al principio de colegialidad[8].

Las reformas del sistema jurídico

Las transformaciones sociales, económicas y políticas han suscitado varias reformas importantes en los sistemas jurídicos de ambos países.

En ese sentido, numerosos textos legislativos han evolucionado y, a veces, cambiado radicalmente. En Marruecos, por ejemplo, la reforma del Código Procesal Penal ha instaurado garantías fundamentales para el justiciable, el nuevo Código de la Familia ha supuesto una mejora de la situación jurídica de la mujer y el Código Laboral también ha experimentado cambios sustanciales.

En España, el proceso civil ha sido completamente modificado, el jurado ha sido introducido en determinados asuntos penales y también se han llevado a cabo importantes reformas legales en el ámbito de la familia y de la protección de la mujer, como por ejemplo la Ley contra la violencia de género, la modificación del Código Civil que permite el matrimonio de personas del mismo sexo, la reforma de la Ley del divorcio o la Ley sobre la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

Paralelamente, se ha avanzado hacia una mayor especialización de los jueces: en Marruecos se han creado los tribunales mercantiles y los tribunales administrativos mientras que en España se han instaurado los tribunales de violencia de género y los tribunales de familia.

A pesar de todo, algunas reformas especialmente necesarias todavía no se han llevado a cabo o ni tan siquiera han comenzado. Por un lado, en Marruecos es necesario progresar en la independencia y la inamovilidad de los jueces, así como en lo que respecta a la separación entre poder judicial y poder ejecutivo (Ministerio de Justicia). Igualmente necesario es, en España, encontrar un sistema pacífico y plenamente funcional de selección de los miembros del órgano de gobierno de los jueces.

En Marruecos es necesario progresar en la independencia y la inamovilidad de los jueces, así como en lo que respecta a la separación entre poder judicial y poder ejecutivo (Ministerio de Justicia)

Por otro lado, y como acabamos de señalar unos párrafos más arriba, numerosos han sido los debates sobre la formación de los jueces, que debería adaptarse a los nuevos desafíos que afectan al juez, permitiéndole así comprender mejor las realidades jurídicas exteriores a su país, un mejor acceso a la información y un mayor dominio de la informática.

En fin, el aumento y la distribución racional de los recursos humanos (jueces y magistrados, auxiliares y funcionarios) y materiales permanece como uno de los mayores desafíos de cara a asegurar el buen funcionamiento del sistema judicial en ambos países, especialmente si se pretende aumentar la productividad de los jueces sin perjudicar con ello la calidad de su trabajo.

Otros actores

Paralelamente, el trabajo de los jueces y magistrados se encuentra influido por una multitud de actores, ligados o no al mundo jurídico, y cuya legitimidad de intervención es extremadamente variable.

La calidad y el resultado del proceso, así como el pleno respeto a las garantías de las partes depende no solamente de los jueces sino también

del trabajo de los abogados. Su papel es esencial y los participantes del seminario no dejaron de recordar que, a veces, los abogados no están a la altura[9].

La religión es un actor que tampoco podemos olvidar. En España, la Constitución de 1978 puso fin a la profunda influencia que la Iglesia católica había ejercido durante mucho tiempo sobre el derecho, especialmente el derecho de familia

Entre los actores pertenecientes al mundo jurídico también encontramos al Tribunal Europeo de derecho Humanos, que ha jugado un rol determinante en la protección y extensión de los derechos fundamentales y las garantías procesales en los países europeos. El impacto que un tribunal semejante podría tener el los países del Magreb fue subrayado durante el seminario.

Respecto a la aplicación de un derecho supranacional por los jueces de un país determinado, está muy clara la influencia de la UE y del Tribunal de Justicia de la UE en el caso español.

El *poder ejecutivo* es otro actor clave. Como ya hemos señalado anteriormente, el gobierno no tiene un verdadero interés en que los jueces dispongan de los medios necesarios para el ejercicio de sus funciones, puesto que los jueces son, o pueden ser, un contrapoder. Del mismo modo, la relación existente entre el Ministerio de Justicia y el órgano de gobierno de los jueces (el CSM en Marruecos y el CGPJ en España) se presta a diversas consideraciones en relación con la independencia del cuerpo judicial. Y tampoco hay que olvidar al Rey, que aparece como figura decisiva (indispensable, incluso) en toda reforma relativa al sistema jurídico marroquí.

Entre los actores no gubernamentales y no jurídicos encontramos a las ONG, que pueden prestar un gran apoyo a las reformas legales, especialmente en relación con el estatuto de la mujer, a través de iniciativas de divulgación de los nuevos textos entre la ciudadanía.

Mientras que la función de la justicia en un Estado de Derecho consiste en velar por que la actividad del poder sea conforme a la ley, los medios de comunicación ejercen una función de control social de los poderes públicos, incluido el poder judicial. Esa es la razón por la que todas las constituciones democráticas así como el Convenio Europeo de Derechos Humanos reconocen la importancia del papel que juegan los medios de comunicación para mantener la crítica al poder y el pluralismo político. El control mutuo es positivo, pero es peligroso cuando los medios se erigen en tribunales y cuando los jueces desean aparecer en los periódicos.

La religión es un actor que tampoco podemos olvidar. En España, la Constitución de 1978 puso fin a la profunda influencia que la Iglesia católica había ejercido durante mucho tiempo sobre el derecho, especialmente el derecho de familia. Desgraciadamente, la jerarquía católica no parece haber aceptado de forma pacífica esta pérdida de poder pues se ha opuesto, a veces con gran beligerancia, a todas las reformas del derecho de familia efectuadas desde la instauración de la democracia. Del lado marroquí, la Constitución establece que el Islam es la religión oficial del estado, pero los participantes marroquíes subrayaron que ello no implica necesariamente que la religión tenga influencia en el trabajo de los jueces, más allá de lo establecido por la ley, puesto que Marruecos ha sido tradicionalmente un país muy tolerante con las demás religiones. Con todo, el encuentro no duró lo suficiente como para explorar los posibles límites y dificultades de dicho sistema.

El último actor evocado durante el seminario fue el terrorismo, que constituye una provocación a la autoridad, incluida la autoridad judicial, y a los sistemas democráticos. Sin embargo, es vital que el sistema judicial respete los derechos fundamentales y las garantías procesales en la lucha contra el terrorismo, ya que, de no ser así, estaríamos alimentando el mismo fenómeno que intentamos combatir. La única alternativa que existe frente al terrorismo es la seguridad jurídica garantizada por los Derecho Humanos.

Del lado marroquí, la Constitución establece que el Islam es la religión oficial del estado, pero los participantes marroquíes subrayaron que ello no implica necesariamente que la religión tenga influencia en el trabajo de los jueces, más allá de lo establecido por la ley, puesto que Marruecos ha sido tradicionalmente un país muy tolerante con las demás religiones

Glosario

Podríamos pensar que, cuando se encuentran, los profesionales se expresan a través de un mismo lenguaje, delimitado claramente desde el punto de vista semántico. Ahora bien, en un oficio en el cual el lenguaje se mueve a menudo en el campo de lo abstracto es frecuente que las palabras tengan significados complejos y, por consiguiente, diferentes según quien las utilice.

Los jueces que participaron en este encuentro conversaron sobre temas muy diferentes, pero algunas expresiones se oían una y otra vez. Lo que pretendemos en esta sección, es presentar algunas de las reflexiones que acompañaban a estos términos y que ayudan a comprender mejor el sentido que para unos y otros tienen.

La Ley

- La ley es la expresión de la voluntad general.
- Sin embargo, el pluralismo que caracteriza las sociedades postmodernas hace que la ley ya no sea tan a menudo un texto aprobado por un gran consenso social.
- Hoy en día, en las sociedades europeas, se percibe la ley como el fruto de una mayoría política que es susceptible de cambiar en las siguientes elecciones generales, a veces fruto de una negociación entre partidos políticos, a veces como resultado de la presión de grupos económicos o lobbies.
- Con relación a como se articulan la ley y la religión, el juez debe aplicar la ley y no dejarse guiar por principios morales religiosos. Resulta, sin embargo, necesario encontrar valores sociales. En una sociedad democrática y cosmopolita, las normas éticas derivan de los tratados internacionales y de la Constitución. La ley está por encima de la religión y si un juez no pudiera aplicar la ley por razones de moral o de religión, debería dimitir.

El Derecho

- El Derecho es el conjunto de leyes a las cuales están sometidas las personas.
- Existe una interrelación creciente entre los sistemas jurídicos de los diferentes países: la mundialización y los movimientos de personas obligan a los jueces nacionales a tomar cada vez más en cuenta las normas de otros países.

- Además, el derecho de cada país se ve hoy día completado por el derecho internacional (tratados internacionales, jurisprudencia de los tribunales supranacionales).
- El Derecho no es lo mismo que la religión, que tiene la función de ligar los actos individuales a un determinado imaginario colectivo que solemos llamar dios. Existen lazos entre derecho y religión (por ejemplo, ambos son sistemas litúrgicos), pero el juez debe ir más allá de los valores morales religiosos. Una sociedad democrática y cosmopolita debe encontrar valores éticos comunes y su derecho debe de basarse en la Constitución y los tratados internacionales.
- A veces nos escondemos tras el Derecho Natural para evitar ver las cosas directamente y tener que encontrar soluciones a ciertos conflictos de nuestras sociedades (por ejemplo, en relación con la eutanasia).
- La costumbre también forma parte del derecho, pero a veces (especialmente en Marruecos) los jueces tienen dificultades para conocerla.
- Resulta evidente que el juez, en el ejercicio de sus funciones, interpreta el derecho con la finalidad de adaptarlo a los caso concretos que debe examinar. También está claro que la misma norma será interpretada de una forma u otra según quién sea el juez. Sin embargo, es necesario que, en última instancia, las normas tengan un sentido no relativizable. En caso contrario, no sería posible hablar de normas ni del ejercicio del poder jurisdiccional y ello es incompatible con un régimen de libertades.

El Juez

- El juez no es únicamente la boca que pronuncia las palabras de la ley, sino que también debe estar en fase con la modernidad y el contexto social.

En España, el artículo 3 del Código Civil establece que el juez debe aplicar la ley de acuerdo con la realidad social del momento.

- La aplicación de la ley la realiza el juez desde una posición de independencia y en tanto que tercero en un conflicto, es decir, sin tener ningún interés personal en que el caso sea resuelto en un modo u otro. El juez tiene consigo la fuerza de la razón.
- Relación entre juez y justicia: Es en este ámbito que la motivación de la sentencia juega un papel esencial puesto que a través de la motivación descubrimos la racionalidad de la decisión adoptada y en qué medida ésta se ajusta al valor argumentativo de las pretensiones de las partes.

En consecuencia, la motivación de las sentencias permite mostrar que el ejercicio del poder es racional, permitiendo al mismo tiempo el control de dicho poder, y haciendo asimismo posible la aceptación racional de la sentencia por parte de los ciudadanos.

- En una democracia, el poder del juez es un poder delegado, en el sentido de que el juez no tiene un poder soberano. Aplica leyes elaboradas por el Parlamento y utiliza los medios humanos y materiales que le proporciona el Ministerio de justicia. Dispone, por supuesto, de una policía judicial que depende funcionalmente de él, pero los superiores jerárquicos de dicha policía se encuentran en el Ministerio del interior.

- Paradójicamente, la pérdida de prestigio de la ley provoca que el papel del juez sea mayor. En un contexto en el cual la ley debe ser racionalizada, interpretada y adaptada a la realidad, el juez ya no puede ser considerado simplemente como "la boca que pronuncia las palabras de la ley".
- Cada juez individual encarna todo el poder para decidir sobre un caso conforme a lo que establece la ley. El poder judicial es un poder difuso, donde caben posiciones minoritarias que quizá no hayan tenido éxito en otras instancias regidas por criterios de mayoría. Es el espacio propio de protección a las minorías, aspecto clave de toda democracia.

Es por ello, que algunos de los problemas que aparecen en esta segunda modernidad, y que todavía no han sido abordados de manera general por una ley, pueden presentarse y resolverse en el marco de la jurisdicción, la cual, por su propia naturaleza, trata las cuestiones caso por caso, a través de un enfoque individualizado y no general (por ejemplo en relación con los derechos de los inmigrantes o los nuevos tipos de familia).

- El poder del juez está limitado por la obligación de respetar las *reglas procedimentales* y por el hecho de no estar obligado a descubrir la verdad material.
- La cuestión del control a los jueces y, por consiguiente, de su independencia es esencial:
  - Aquel que es condenado por error puede solicitar una reparación por daños y perjuicios.
  - En España, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) dispone de un servicio de inspección de los jueces, pero que no puede entrar en el contenido de las sentencias dictadas.
  - En Marruecos, la inamovilidad de los jueces no está garantizada y puede ser un instrumento de presión y control por parte del Ministerio de justicia.
  - Restricciones a la libertad de expresión de los jueces: es esencial que el juez mantenga la imparcialidad objetiva (además de la subjetiva). En España, el juez no puede expresarse sobre cuestiones puramente políticas, pero si sobre cuestiones judiciales. En Marruecos, los jueces no pueden expresarse libremente durante un debate, incluso si éste versa únicamente sobre la justicia.

El Consejo Superior de la Magistratura (CSM) en Marruecos está presidido por el Rey y tiene como vicepresidente al Ministro de justicia, lo cual plantea un problema de independencia del órgano de gobierno de los jueces en relación con el poder ejecutivo. En España, la selección de los jueces miembros del CGPJ se ha vuelto muy politizada.

- En una sociedad democrática y cosmopolita, las normas éticas derivan de los tratados internacionales y de la Constitución. La Ley está por encima de la religión y si un juez no pudiera aplicar la ley por razones morales o religiosas, debería dimitir.
- El juez como contrapoder. La justicia y los medios de comunicación comparten una misma función de control del poder político o económico.
- Los jueces necesitan una formación distinta a la de los fiscales, que sea más práctica y basada en la escritura, sin que por ello se deje de lado la expresión oral. Una formación pluridisciplinar y mas intensiva en cuanto a lenguas extranjeras y nuevas tecnologías sería deseable.

En el proceso penal no se intenta conocer lo que es verdad, sino lo que es justo y, por consiguiente, sólo la verdad que forma parte de aquello que es justo

La Justicia

- La *injusticia* de una sentencia (en el trabajo de un juez) se produce si el juez ignora la ley o si la interpreta mal.
- El juez debe estar "en fase" con la sociedad, y por ello la formación es esencial.
- La justicia se garantiza a través del respeto a las garantías procedimentales. Es el legislador quien opta por un modelo más garantista u otro basado en la celeridad.

Los derechos fundamentales constituyen la gramática con la que se escribe la justicia.

El objetivo del proceso no es encontrar la verdad material, sino encontrar la verdad que deriva del respeto a las garantías del proceso penal.

La motivación de las sentencias juega un papel esencial puesto que a través de la motivación descubrimos la racionalidad de la decisión adoptada y en qué medida ésta se ajusta al valor argumentativo de las pretensiones de las partes.

En consecuencia, la motivación de las sentencias permite mostrar que el ejercicio del poder es racional, permitiendo al mismo tiempo el control de dicho poder, y haciendo asimismo posible la aceptación racional de la sentencia por parte de los ciudadanos.

La doctrina más reciente del Tribunal Constitucional español establece una distinción clara entre verdad material, propia de un proceso inquisitorial, y verdad jurídicamente válida, que es aquella obtenida respetando la reglas básicas que son los derechos fundamentales. En el proceso penal no se intenta conocer lo que es verdad, sino lo que es justo y, por consiguiente, sólo la verdad que forma parte de aquello que es justo.

Ello tiene una importancia capital puesto que plantea una posición clara ante la tortura u otros métodos semejantes. Las reglas procedimentales básicas para que el juez tome sus decisiones son, desde este punto de vista, los derechos fundamentales, lo que nos permite acceder a una verdad mejor.

- La actividad jurídica, para ser justa, debería igualmente desarrollarse en un plazo razonable.
- La cultura jurídica de la imparcialidad, muy presente en los países anglosajones, es esencial a la noción de justicia. Desgraciadamente, y mas allá del sistema de organización judicial, dicha imparcialidad es menos frecuente en los países latinos, como España.

Notas

1. Institución más o menos equivalente al Consejo General del Poder Judicial en España. *N. del T.*
2. Equivalente al Tribunal Supremo, en el sistema español. *N. del T.*
3. "La charia, la ley islámica, es una tradición jurídica (…) sobre la que reposa el sistema jurídico marroquí. En ese sentido, Marruecos posee un sistema jurídico doble que origina soluciones alternativas en ciertos ámbitos importantes.

   De ello deriva una dicotomía en la que participan, por un lado, la ley islámica, que regula los asuntos personales, familiares y sucesorios y, por otro, una legislación civil que engloba el derecho de contractual, el derecho mercantil, el derecho administrativo, el proceso civil y el proceso penal".

   Evaluación del Sistema Jurídico y Judicial Marroquí. Informe del Banco Mundial. Octubre de 2003. Disponible en:

   www.leconomiste.com/upload/document/Rapport evaluat justice14102003.doc o en http://doc.abhatoo.net.ma/doc/IMG/doc/secteur_judic.doc.
4. En el sistema judicial marroquí, como en el francés, entre los auxiliares de justicia se incluye a los abogados, a los peritos y a los oficiales de justicia. *N. Del T*
5. En virtud del artículo 86 de la Constitución marroquí, el Consejo Superior de la Magistratura está presidido por Su Majestad el Rey. La vicepresidencia es ejercida por el Ministro de justicia. El Consejo está compuesto por nueve jueces y fiscales. El presidente y el fiscal general del Tribunal Supremo así como el presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo son miembros de derecho. Seis jueces son elegidos por sus pares, de los cuales hay dos representantes de los magistrados de los tribunales de apelación y cuatro de los magistrados de los tribunales de primera instancia.

   El Consejo se reúne cuatro veces al año para examinar el orden del día fijado por el Ministro de Justicia. Sus atribuciones conciernen la gestión de las carreras judiciales así como la disciplina de los jueces y los fiscales. En caso de empate, el Ministro de justicia dispone de un voto de calidad. El Ministro transmite al Rey las proposiciones adoptadas por el Consejo. Las decisiones finales son tomadas por decreto real. Un juez designado por decreto a propuesta del Ministro de justicia asiste al Consejo en calidad de secretario general. Su papel consiste en preparar las informaciones necesarias para que el Consejo tome sus decisiones y para que éstas se apliquen. El secretario general controla la actividad de las jurisdicciones y la distribución de los recursos humanos. También participa en las reuniones del Consejo asistiendo al Ministro de justicia, pero no tiene derecho a voto.
6. El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno de los jueces, cuya misión consiste en garantizar la independencia de éstos. El Consejo tiene competencia territorial sobre todo el país y competencia material exclusiva en los siguientes ámbitos: selección y formación de los jueces, promoción y carrera judicial, responsabilidad disciplinaria y servicio de inspección de los tribunales. Sin embargo, sus decisiones pueden ser objeto de recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

   Su composición es la siguiente: cuatro miembros nombrados por el Congreso de los Diputados (Cámara baja), cuatro miembros nombrados por el Senado (Cámara alta) y otros doce nombrados por el Congreso de los Diputados a propuesta de los jueces. Éstos, a través de sus asociaciones (existen cuatro de ellas), así como los jueces no pertenecientes a ninguna asociación, deben proponer tres candidatos para cada puesto (36 nombres en total) y, finalmente, el Parlamento escoge a 12 de ellos por mayoría cualificada de 3/5.

   En su primera sesión, el Consejo General del Poder Judicial nombra al presidente del Tribunal Supremo que también ocupará la presidencia del Consejo.
7. El tribunal de primera instancia, llamado de derecho común, es competente sobre todos los asuntos civiles, inmobiliarios, sociales, penales y de familia (estatuto personal y de sucesión). Estos tribunales son, en principio, colegiales, salvo en relación con las declaraciones judiciales de nacimiento y de fallecimiento, los asuntos relativos a menores, la conciliación y las investigaciones en materia de trabajo y enfermedades profesionales, la pensión alimenticia en materia de familia y también para autorizar el matrimonio.

En materia penal, es necesario distinguir entre las faltas, los delitos de policía y correccional. Para las faltas y delitos de policía, es decir, para aquellos cuya pena no supera los dos años de prisión, existe un juez único, y para los delitos castigados con penas de entre 2 y 5 años, es decir, los delitos de correccional, es necesaria una formación colegial. Si los hechos constituyen un crimen susceptible de ser castigado con una pena superior a los cinco años, la competencia recae sobre la sala de lo criminal del Tribunal de Apelación, que siempre se constituye de forma colegial.

8. El sistema colegial está especialmente reforzado en la sala de lo criminal dada la gravedad de los crímenes, contando cinco magistrados en lugar de tres, de los cuales uno es presidente de la sala y los otros cuatro, consejeros.
9. En este sentido fue citado el dicho español: "No hay malos juicios, sólo hay malos abogados".

Être juge au Maroc et en Espagne.

Synthèse du séminaire

Pau de Vílchez Moragues

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

Pau de Vílchez Moragues

Technicien en Coopération internationale et Drets de l'Homme
(Rapporteur du séminaire)

Introduction

Raison d'être : d'un monde en mutation et du Droit comme grammaire sociale

Les sociétés contemporaines ne peuvent plus se référer à une réalité mono-nationale, homogène, qui se manifesterait à travers une culture autoréférenciée. L'on peut se demander s'il en a jamais été le cas, mais ce qui est clair est qu'aujourd'hui la mondialisation a donné lieu à un degré de mixité à une échelle inconnue auparavant.

Les frontières ne peuvent plus arrêter ni les marchandises, ni les communications, ni même, malgré l'acharnement de certains pays, les personnes. La présence de plus en plus nombreuse d'hommes et de femmes venus de réalités linguistiques, culturelles, politiques et religieuses différentes est un fait que les rues de nos villes nous rappellent obstinément chaque jour.

Ce phénomène mondial est encore plus visible autour de la méditerranée, ce *mare nostrum* habitué au passage et au brassage des peuples.

Or, si, comme le disait un intervenant pendant le séminaire, le droit est la grammaire d'une société, l'évolution, le changement et l'enrichissement de nos réalités sociales nous obligent à revoir, reformuler et enrichir nos systèmes juridiques. Mais pas uniquement, car la loi à besoin d'une « bouche » pour être prononcée et appliquée aux cas concrets. Ainsi, au-delà des textes légaux, la figure du juge devient centrale dans cette prise de conscience des mutations sociales, afin d'adapter ce qui dit la loi à une réalité souvent très lointaine de celle que pouvait imaginer le législateur.

Le Maroc et l'Espagne partagent une géographie et une histoire passée, présente et future. Le million de marocains présents sur le sol espagnol contribuent au développement de l'Espagne (et du Maroc) et apportent avec eux un bagage culturel énorme qu'il est indispensable de comprendre si l'on veut construire une société stable. En même temps, ces mêmes citoyens marocains, qui peut-être retourneront après un temps au Maroc, tissent des relations sociales et familiales réglées par les lois espagnoles qui parfois sont très différentes de celles marocaines, et dont la validité au Maroc est loin d'être pacifique.

Si le droit est la grammaire d'une société, l'évolution, le changement et l'enrichissement de nos réalités sociales nous obligent à revoir, reformuler et enrichir nos systèmes juridiques

C'est dans l'objectif de fournir à 11 juges de ces deux pays quelques éléments supplémentaires de compréhension de réalités qui ne sont pas les leurs que le CIDOB a organisé ce séminaire de deux jours à Rabat

Objectif : la conversation

C'est dans l'objectif de fournir à 11 juges (6 marocains et 5 espagnols) de ces deux pays quelques éléments supplémentaires de compréhension de réalités qui ne sont pas les leurs que le CIDOB a organisé ce séminaire de deux jours à Rabat ; l'objectif n'étant pas la simple exposition des particularités de chacun des systèmes mais plutôt de susciter, à partir du dénominateur commun qui est le métier de juge, une conversation dont l'objectif ultime n'est point le consensus mais de permettre un véritable échange d'idées et de visions.

Déroulement de la rencontre

Trois aires de réflexion ont été abordées :

- La présentation des systèmes juridiques marocain et espagnol et de leurs principes fondamentaux
- La relation entre la religion et le droit dans ces deux pays
- Les menaces idéologiques et pratiques pour le statut du juge et les principaux défis posés au juge par les sociétés multiculturelles

Dans chacune des aires, il y avait deux thèmes principaux présentés par quatre juges (deux marocains et deux espagnols). Etant donné l'objectif du séminaire (la conversation) il est évident que le temps de discussion allait être privilégié. Ainsi, après les deux présentations de chaque thème s'ouvrait un temps important de débat et de questions qui permettait aux juges de se rapprocher et de mieux connaître les deux systèmes.

Ce sont ces moments de discussion qui ont été les plus vifs, et où les intervenants ne se limitaient pas à poser des questions. L'intérêt pour comprendre l'autre pays était évident de part et d'autre, mais on a observé également l'envie de chacun de montrer sa propre réalité, avec ses aspects positifs et négatifs, ses avancées et ses limites, une envie de partage, donc, et une interpellation constante pour essayer de trouver avec l'autre de possibles solutions aux défis de son propre pays.

Structure du rapport

Tout d'abord, l'on présentera les différents thèmes principaux abordés, que l'on vient de citer, en soulignant les points essentiels qui ont été soulevés lors des présentations et des débats postérieurs, afin de donner un aperçu d'ensemble de chaque « conversation » au lecteur. Ceux qui auront envie d'approfondir davantage le sujet pourront trouver le texte intégral de chaque présentation dans un autre chapitre de ce volume.

Dans un deuxième temps, seront esquissées quelques questions transversales qui sont apparues de façon récurrente tout au long du séminaire. Des questions telles que la formation des juges, les réformes nécessaires pour adapter le système juridique aux réalités multiculturelles et aux exigences de justice, ainsi que les acteurs qui influencent, et parfois conditionnent, le travail du juge ont été abordées par la plupart des participants et constituent autant d'éléments de réflexion sur lesquels il est important d'insister.

Enfin, on essayera d'élaborer une sorte de glossaire à partir des réflexions que les participants ont fait sur des concepts clés : la loi, le droit, le juge et la justice. Ceci nous permettra de mieux comprendre la signification et les enjeux existant derrière ces concepts qui sont fondamentaux pour la pratique judiciaire mais qui ne sont pour autant ni statiques ni uniformes. Il est important de signaler que ce ne sont pas des définitions à proprement parler, mais des idées qui découlent des débats qui ont eu lieu pendant le séminaire.

Certains des problèmes les plus importants encore à résoudre au Maroc sont la lenteur, les mauvais jugements et la complexité des procédures

Thèmes des présentations

Systèmes juridiques au Maroc et en Espagne : regards croisés

I. Introduction au système juridique du Maroc et de l'Espagne

Ce premier temps du séminaire a servi à présenter succinctement les traits principaux de chaque système.

Du côté marocain, il a été souligné la volonté de réforme et d'adaptation à la modernité du système juridique marocain, pleinement appuyée par le Roi actuel, et qui s'est déjà traduite par des réformes d'importants textes législatifs :

- Nouveau Code de Procédure Pénale, qui instaure de plus grandes garanties pour l'accusé, établit des mécanismes alternatifs à la prison préventive et améliore la protection des victimes.
- Nouveau Code de la Famille, qui avance vers l'égalité de l'homme et de la femme, ainsi que l'égalité entre les enfants et les droits de filiation.
- Nouveau Code du Travail, qui améliore les conditions de travail selon les orientations de l'OIT (Organisation Internationale du Travail).

Certains des problèmes les plus importants encore à résoudre au Maroc sont la lenteur, les mauvais jugements et la complexité des procédures.

En ce qui concerne le système juridique espagnol, ont été décrites l'organisation judiciaire (les quatre ordres – civil, pénal, administratif et social – et les degrés juridictionnels – première instance unipersonnelle, deuxième instance collégiale, Cour Suprême) et les procédures pénale et civile (entièrement renouvelée), entre autres.

Le plus remarquable de ce premier « échange » a été la discussion autour de certains sujets qui se sont avérés très pertinents tant en Espagne qu'au Maroc.

D'un côté, on trouve le souci de la justice, avec, en Espagne, le rôle principal joué par la Constitution dans la garantie des droits fondamentaux, une importance soulignée par le principe d'application directe de la Constitution par les juges. Les traités internationaux ont aussi une place prééminente dans le système juridique espagnol puisque la Constitution établit qu'ils sont supérieurs aux lois nationales.

Au Maroc, le souci du respect des garanties procédurales et de que soient rendus de bons jugements se heurte à la charge de travail des juges (trois millions d'affaires par an au Maroc, surtout pénaux).

Un autre point largement discuté est celui de l'indépendance du juge, et des relations entre les pouvoirs publics et le pouvoir judiciaire

Pour renforcer la qualité de la justice il est essentiel d'assurer une bonne formation des juges (même si le travail des avocats est aussi très important pour assurer cette qualité). En Espagne, les juges sont formés pendant 15 mois, principalement sur la pratique judiciaire, après avoir réussi un concours d'une grande difficulté et basé surtout sur la mémoire de l'aspirant.

Un autre point largement discuté est celui de l'indépendance du juge, et des relations entre les pouvoirs publics et le pouvoir judiciaire. En Espagne, l'indépendance personnelle des juges est un acquis, mais l'indépendance organique est en revanche beaucoup plus problématique à cause de la composition du Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), organe de gouvernement des juges, dont la sélection des membres demeure très complexe et où il n'est pas aisé de trouver un équilibre qui permette de ne pas tomber ni dans le corporatisme ni dans la politisation.

Au Maroc, le problème est posé surtout par la position bicéphale du ministre de la justice, qui est en même temps vice-président du Conseil Supérieur de la Magistrature. Une proposition existe pour que ce soit le 1er Président de la Cour de Cassation qui assume cette vice-présidence.

II. Vérité matérielle et garanties dans le procès civil et pénal. Les droits fondamentaux dans la procédure judiciaire.

La principale caractéristique du procès pénal dans un Etat démocratique et de droit est que le conflit doit être résolu, à travers un dialogue égalitaire, rationnel et informé entre les parties, par un juge impartial et qui, à l'heure de prendre sa décision, part de la présomption d'innocence de l'accusé comme règle du procès. Le respect des garanties de procédure et des droits fondamentaux, dont le principe de la contradiction, est, donc, capital.

Le Maroc, qui veut atteindre un climat juridique global qui garantisse la sécurité juridique, a approuvé en octobre 2007 la Charte Nationale pour le renforcement des garanties légales des procédures judiciaires, dans les domaines civil et pénal.

Toute une série de principes sont instaurés : droit d'accès à la justice, transparence de la procédure, respect du principe du procès équitable, simplification des procédures, traitement dans un délai raisonnable. Ces garanties sont complétées par les principes du système de justice tels que l'indépendance, le double degré de juridiction, la spécialisation, la collégialité ou le respect du droit de défense.

En Espagne, le Tribunal Constitutionnel a joué un rôle très important dans la consolidation et le renforcement des garanties procédurales et les droits fondamentaux. Ainsi, la dernière doctrine du Tribunal établit une distinction claire entre la vérité matérielle, propre au procès inquisitorial,

et la vérité juridiquement valide, qui est celle obtenue dans le respect des règles basiques que sont les droits fondamentaux. Ce que l'on essaye de connaître dans le procès pénal n'est pas ce qui est vrai en soi, mais ce qui est juste et, par conséquent, uniquement la vérité qui fait partie de ce qui est juste.

Ceci a une importance capitale, dans la mesure où se dessine ainsi une position claire face à la torture ou d'autres méthodes semblables. Les règles procédurales basiques pour la prise de décisions du juge sont, alors, de ce point de vue, les droits fondamentaux, ce qui nous permet d'accéder à une meilleure vérité.

D'un point de vue pratique, la vulnération de ces droits fondamentaux et des garanties de procédure peut provoquer l'annulation du procès et même la demande de dommages et intérêts.

L'existence de la Convention Européenne et de la Cour Européenne des Droits de l'Homme a beaucoup impulsé la protection de ces droits en Espagne, en particulier la possibilité qu'ont les citoyens de plaider directement devant la Cour contre un État, et les participants se sont interrogés sur l'impact que pourrait avoir une telle instance dans les pays du Maghreb. Pour l'instant, la seule organisation qui existe est le Comité Arabe des Droits de l'Homme, qui siège au Caire, mais il n'a pas de pouvoir effectif. Au Maroc, il existe des voies juridiques (le recours) et aussi le Conseil Consultatif des Droits de l'Homme, accessible aux citoyens, mais qui peut uniquement proposer des recommandations. Toutefois, certaines d'entre elles ont été prises en compte pour réformer certaines lois (p.ex. le Code de Procédure Pénale). Les tribunaux administratifs peuvent aussi trancher dans des affaires de violation des Droits de l'Homme, et déclarer la nullité du procès.

L'existence de la Convention Européenne et de la Cour Européenne des Droits de l'Homme a beaucoup impulsé la protection de ces droits en Espagne et les participants se sont interrogés sur l'impact que pourrait avoir une telle instance dans les pays du Maghreb

Religion et droit dans la pratique judiciaire, références et interactions

I. Religion et droit dans l'exercice de la fonction juridictionnelle

Dans ce domaine, le Maroc et l'Espagne ont opté pour des solutions très différentes.

Le Maroc a une réalité complexe : il s'agit d'un pays musulman et arabe, situé en Afrique et qui regarde vers l'Europe. Au long de son histoire, le Maroc a accueilli différentes religions, et cela s'est reflété dans ses pratiques judiciaires puisque les systèmes judiciaires étaient différents selon que les parties fussent musulmanes, juives ou chrétiennes.

Comme dans certains pays de population en majorité musulmane, la Constitution du Maroc déclare l'Islam comme étant la religion de l'Etat. Cependant, d'après les participants marocains, ce pays a su instaurer une synthèse entre un système juridique moderne et l'Islam[1]. En ce sens, le juge marocain ne serait pas influencé par la religion dans l'exercice de ses responsabilités, sauf en ce qui se réfère à la déontologie, mais ce uniquement dans la mesure où il s'agit de principes reconnus internationalement (p.ex. droiture…).

L'Espagne, par contre, est un **Etat aconfessionnel**. Depuis l'approbation de la Constitution de 1978, il n'y a pas de religion officielle, et la Constitution s'érige comme le texte suprême du système juridique. Toutefois, cela ne veut pas dire pour autant que l'Espagne est un Etat laïc.

Le Maroc a accueilli différentes religions, et cela s'est reflété dans ses pratiques judiciaires puisque les systèmes judiciaires étaient différents selon que les parties fussent musulmanes, juives ou chrétiennes

D'après l'intervenant espagnol, un Etat aconfessionnel serait plus en mesure de respecter la diversité religieuse qu'un Etat laïc.

Dans une société démocratique et multiculturelle il faut créer une **référence éthique commune** issue d'un débat démocratique. Il est nécessaire que le juge puisse se situer face à cette nouvelle réalité et s'y adapter. Cette éthique doit être fondée sur les textes internationaux et la Constitution.

Le juge doit dépasser les valeurs morales d'ordre religieux. Il est, en revanche, nécessaire de chercher sans cesse des **valeurs sociales**.

Certaines questions délicates ont aussi été soulevées lors de la discussion. La notion d'ordre public, par exemple, à été évoquée par l'intervenant marocain pour souligner les différences entre l'Espagne et le Maroc. La portée, au Maroc, de cette notion d'ordre public et ses implications vis-à-vis de possibles innovations législatives n'a pourtant pas été explorée davantage.

Finalement, l'intervenant espagnol s'est demandé si parfois on ne se cacherait pas derrière le Droit naturel pour éviter de résoudre certaines questions difficiles dans nos sociétés.

II. Droit de la famille au Maroc et en Espagne

L'intervenante marocaine a voulu centrer son intervention autour de trois axes principaux, le premier étant la diversité culturelle et religieuse marocaine et son reflet dans la loi ; le deuxième, les réformes concernant le statut de la femme ; et le troisième, les principales différences actuelles entre l'Europe et le Maroc concernant le droit de famille.

Au Maroc, le statut personnel régule tous les éléments de l'état et des capacités des personnes. En Europe le sens en est plus restreint, et ces différences provoquent parfois des difficultés (par exemple concernant le travail des juges et l'exécution des jugements, ou vis-à-vis des droits d'entrée et de séjour en Europe pour les marocains). Pour surmonter ces difficultés, l'intervenante marocaine a considéré nécessaire l'adoption de **mécanismes d'accompagnement** de l'application du statut personnel dans les pays européens.

Mais les différences ne s'arrêtent pas là : historiquement, le Maroc a tenu compte des diversités nationales et religieuses des personnes lors de l'organisation de son système judiciaire et de l'application des lois concernant le statut de la personne. Actuellement, le Code de la nationalité marocain établit 3 types de statut personnel : celui des marocains musulmans, celui des marocains hébraïques et celui du reste de marocains (notamment les chrétiens). L'applicabilité de la nationalité des lois en ce qui concerne le statut de la personne est un choix pour les étrangers au Maroc, ce qui émane d'un esprit de tolérance.

Plusieurs questions sont objet d'une certaine controverse entre le Maroc et l'Europe :

D'abord, le statut de la femme. Récemment, des réformes législatives au Maroc ont permis au statut de la femme d'expérimenter une avancée considérable. Toutefois, le Maroc se plaint que les pays européens exigent des réformes plus importantes sans se rendre compte des difficultés qui existent pour mener à terme des réformes dans ce domaine. La cause de cette différence d'appréciation résiderait, selon l'intervenante marocaine, dans le fait que l'Europe perçoit le statut de la femme uniquement par rapport à son égalité avec l'homme.

Plusieurs questions sont objet d'une certaine controverse entre le Maroc et l'Europe : d'abord, le statut de la femme. Pour l'intervenante marocaine, en ce qui concerne le Droit de la famille, il faut aller doucement et sans choquer les mentalités

Pour l'intervenante marocaine, en ce qui concerne le Droit de la famille il faut aller doucement et sans choquer les mentalités. Toutefois, elle a reconnu que la société marocaine a beaucoup changé depuis 40 ans. Par exemple, le divorce par consentement a été largement accepté alors que lors de son approbation l'on pensait qu'il rencontrerait beaucoup d'opposition sociale.

En tout cas, la notion d'ordre public en matière de famille n'a pas uniquement été utilisée par les juges marocains: dans les années 80, certains juges français évitaient d'appliquer la convention France-Maroc en faisant appel à l'ordre public.

Ensuite, les conditions de fonds et de forme du mariage, qui ne sont pas traitées de la même façon dans un pays et dans un autre. Les conditions de fonds pour le mariage de deux marocains à l'étranger doivent être en conformité avec le droit marocain. Les décisions rendues sans tenir compte de ceci ne peuvent pas être valables au Maroc.

La considération juridique du fœtus diffère également d'un côté et d'autre de la méditerranée, car, au Maroc, le fœtus existe juridiquement alors que ce n'est pas le cas en Espagne.

Les systèmes d'adoption sont également différents, ce qui provoque des problèmes concernant la prise en charge des enfants.

Enfin, la polygamie, qui a fait l'objet d'une question, continue d'être légale au Maroc, mais son application serait devenue très difficile en raison des conditions imposées au juge pour l'accepter.

L'intervenante espagnole a, de son côté, mis en avant les grandes transformations opérées dans le droit de la famille espagnol, qui, depuis l'approbation de la Constitution en 1978, a cessé d'être régi par les principes et orientations de l'Église catholique.

Selon elle, l'élément déterminant est l'instauration par la Constitution du principe d'égalité comme principe fondamental du système juridique. Ceci a signifié un bouleversement qui a permis à l'Espagne d'entreprendre toute une série de réformes législatives ces dernières années afin d'adapter le droit de la famille à l'évolution sociale. Parmi les principaux textes approuvés, l'on peut citer :

L'instauration par la Constitution du principe d'égalité, comme principe fondamental du système juridique, a signifié un bouleversement qui a permis à l'Espagne d'entreprendre toute une série de réformes législatives ces dernières années afin d'adapter le droit de la famille à l'évolution sociale

- La Loi contre la violence de genre (2004) ;
- La Loi pour l'égalité effective entre hommes et femmes (2007) ;
- La Loi de réforme du mariage civil (2005), qui permet aux couples du même sexe de se marier ;
- La Loi de réforme du divorce (2005), qui enlève toute notion de culpabilité ou de sanction lors du divorce ou la séparation.

Les valeurs principales qui informent toutes ces réformes sont l'égalité et la liberté individuelle, ainsi que le libre développement de la personnalité.

Ces réformes ont également eu un impact sur l'organisation judiciaire, puisque des tribunaux spécialisés ont été crées : tribunaux de la famille, tribunaux de violence contre la femme.

Les menaces idéologiques et pratiques pour le statut du juge et les principaux défis posés au juge par les sociétés multiculturelles

I. Les menaces idéologiques et pratiques pour le statut du juge au Maroc et en Espagne. Peut-on demander une productivité au juge ?

Les participants à la rencontre ont coïncidé à signaler l'existence de menaces importantes pour le juge aujourd'hui.

L'une des menaces perçue par les juges des deux pays est la mondialisation, car depuis des années la délinquance à une évidente dimension internationale. Or le rôle du juge reste encore, en grande partie, enfermé dans les frontières nationales.

Un effort a été fait avec l'approbation de textes internationaux et de traités entre pays pour favoriser la coopération juridique internationale. Mais cela ne suffit pas. D'un côté, le juge doit être de plus en plus au courant des réalités législatives d'autres pays. De l'autre, il y a besoin de bâtir une atmosphère de confiance entre les juges des différents pays, de telle façon que les textes internationaux aient une vraie application pratique.

Par ailleurs, la demande de justice augmente sans arrêt, conséquence de plusieurs facteurs (disparition des instances traditionnelles de résolution des conflits, la plus grande conscience des citoyens de leurs propres droits, l'expansion de la culture de la réclamation) et en même temps augmentent les critiques vis-à-vis de la qualité de la justice. Dans ce contexte, on a instauré dans certains pays européens, comme l'Espagne, le système de primes à la productivité, un mécanisme importé de l'entreprise privée. Mais l'on peut se demander si ce type de mesures respecte suffisamment la qualité de la justice, qui ne se réduit pas au numéro de jugements mais aussi à leur motivation, à l'attention que le juge doit payer à la procédure, au traitement digne et égalitaire des parties, et à la capacité d'écoute du juge, entre autres. Finalement, ce système a été annulé en Espagne par la Chambre Administrative de la Cour Suprême. Maintenant, le Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) essaye de trouver un nouveau model qui prendrait davantage en compte les aspects qualitatifs. Cependant, la question essentielle reste : peut-on mesurer la qualité de la Justice ?

En outre, les problèmes de qualité et de productivité sont également liés à des facteurs qui ne dépendent pas de la volonté du juge, comme la disponibilité de moyens matériaux et personnels suffisants. Les participants marocains ont souligné la nécessité d'étendre l'utilisation de l'outil informatique et des bases de données, comme cela se fait en Espagne, ainsi que le besoin d'augmenter le nombre de juges, moderniser leur formation, et rationaliser davantage leur déploiement.

Autant en Espagne qu'au Maroc, une culture démocratique de fond demande un grand effort budgétaire de l'administration de justice de façon à assurer un salaire aux juges qui soit en accord avec l'importance de leurs fonctions et à moderniser le bureau du juge, tout en garantissant sa pleine incorporation au monde des nouvelles technologies.

Deux autres facteurs de fragilisation de la justice sont les média et le terrorisme. La justice et les média partagent une même fonction de contrôle du pouvoir politique ou économique. C'est pour cela que toutes les constitutions démocratiques, ainsi que la Cour Européenne des Droits de l'Homme, reconnaissent l'importance du rôle des média pour le maintien de la critique au pouvoir et du pluralisme politique. Les média et la justice exercent des fonctions convergentes, et c'est pour cela qu'ils peuvent aussi entrer en concurrence. Il est tout à fait normal que les média contrôlent la justice. Le problème apparaît lorsque les média font des procès parallèles. Il faut préserver l'espace propre à la juridiction. Dans ce champ de l'opinion publique, le juge n'a pratiquement pas de capacité de réponse.

Les média et la justice exercent des fonctions convergentes, et c'est pour cela qu'ils peuvent aussi entrer en concurrence. Il est tout à fait normal que les média contrôlent la justice. Le problème apparaît lorsque les média font des procès parallèles

Au-delà de la douleur des victimes, le terrorisme suppose toujours une provocation à l'autorité, y compris l'autorité judiciaire. Dans un contexte de douleur, d'impact par des actes terroristes graves, de sentiment de peur et de demandes sociales de défense, le système judiciaire doit maintenir sa façon de faire : juger les crimes dans une procédure suivie dans le plein respect des garanties et des droits fondamentaux. Si, pressionnés par cette ambiance de peur et d'exigence de protection, les juges abandonnaient leurs principes, le terrorisme aurait déjà commencé à gagner sa première bataille. De plus, le manque de respect des droits fondamentaux dans les procédures contre le terrorisme produit des effets contraires à ceux recherchés.

Enfin, les rapports avec le pouvoir exécutif sont aussi un facteur de fragilisation du juge, car les juges sont, ou peuvent être, un contre-pouvoir. Cette problématique se pose différemment en Espagne et au Maroc. En Espagne, il s'agit surtout d'une question de disponibilité pour les juges des moyens nécessaires pour l'exercice de leurs fonctions, question par rapport à laquelle les réponses des gouvernements ne sont pas, pour l'instant, à l'hauteur. Le problème est que, même si la fonction de juge et les moyens matériaux et personnels pour rendre justice ne sont pas la même chose, le citoyen ne fait pas facilement la distinction entre l'un et l'autre et ce qu'il perçoit est que la justice est lente, sans différencier les responsabilités.

Au Maroc, par contre, il s'agit de l'indépendance même du juge qui n'est pas pleinement assurée. Le ministre peut ainsi assigner un juge à un tribunal pendant six mois, sans que ce juge en ait fait la demande.

Cette prérogative, qui fonde sa décision sur un critère aussi flou que « le besoin », a souvent été utilisée avec une intention punitive ou de contrôle. Il n'y a donc pas **d'inamovibilité** des juges au Maroc, contrairement à l'Espagne, où ce principe a été instauré par la Constitution.

La position du juge dans un État de droit est forte. Elle est forte parce que le juge est en charge d'appliquer la loi, qui est l'expression de la volonté générale, et, de plus, le juge est tiers dans un conflit, c'est-à-dire, sans intérêt à ce qu'il soit résolu d'une façon ou d'une autre. Le juge a avec lui, donc, la force de la raison

En relation avec cette question, les participants ont également débattu autour de la **liberté d'expression** des juges. En Espagne, le juge est citoyen, mais il doit préserver **l'impartialité objective** (en plus de la subjective). Ceci est un droit fondamental des citoyens fondé sur l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Pour respecter cela, le juge ne doit pas se prononcer publiquement sur des questions purement politiques. Les juges peuvent, par contre, participer à des débats ayant un rapport avec la justice. Au Maroc la réalité est un peu différente, car les juges ont formellement la liberté de s'exprimer, mais doivent demander à l'avance au Ministère de la justice la permission par écrit pour le faire, incluant dans la demande les opinions que le juge va émettre. La question de jusqu'où ce contrôle préalable ainsi que l'absence du principe d'inamovibilité du juge peut avoir des éventuelles conséquences négatives se pose.

Toutefois, il n'y a pas que de menaces, on trouve aussi des **opportunités** pour le juge.

La position du juge dans un État de droit, malgré tout ce qui vient d'être signalé, est, en même temps, forte. Elle est forte parce que le juge est en charge d'appliquer la **loi**, qui est **l'expression de la volonté générale**, et, de plus, le juge est tiers dans un conflit, c'est-à-dire, sans intérêt à ce qu'il soit résolu d'une façon ou d'une autre. Le juge a avec lui, donc, la force de la **raison**.

Simultanément, le pluralisme caractéristique des sociétés post-modernes fait que la loi ne soit plus souvent un texte approuvé par un grand consensus social. En conséquence, et de façon paradoxale, **la perte de prestige de la loi produit une augmentation du rôle du juge** : dans un contexte ou la loi a besoin de rationalisation, d'interprétation et d'adaptation à la réalité, le juge ne peut plus être considéré comme « la bouche qui prononce les paroles de la loi ». C'est la raison pour laquelle certains nouveaux problèmes qui se posent en cette deuxième modernité et qui ne sont encore abordés d'une manière générale par une loi, peuvent se poser et être résolus dans le cadre de la juridiction qui, par sa nature même, traite les questions au cas par cas, avec une approche individualisée et non générale (p.ex. droits des immigrés, nouveaux types de famille). Le pouvoir judiciaire devient, alors, l'espace propre à la **protection des minorités**, aspect clé de toute démocratie.

II. Être juge dans une société multiculturelle. Les défis pour les juges de l'Espagne et du Maroc

La justice marocaine se trouve aujourd'hui à un tournant historique, avec la nécessité de se moderniser dans un contexte de mondialisation. La justice s'érige de plus en plus en révélateur des grandes questions politiques des sociétés démocratiques, y compris le Maroc. Cela fait que le juge soit de plus en plus confronté à des questions d'ordre politique.

Dans les sociétés multiculturelles contemporaines, où la différence, de plus en plus perçue comme une menace, est source de discrimination, la relation entre le juge, le justiciable, le pouvoir publique et même les normes internationales, va nécessairement changer. Il faut repenser le juge dans sa réalité multidimensionnelle : il incarne à la fois l'image que les gens ont du juge et le rôle du juge tel que défini par la loi.

La justice marocaine se trouve aujourd'hui à un tournant historique, avec la nécessité de se moderniser dans un contexte de mondialisation. La justice s'érige de plus en plus en révélateur des grandes questions politiques des sociétés démocratiques, y compris le Maroc

Dans ce sens, le Maroc est aujourd'hui face à deux défis majeurs :

D'un côté, il faut une restructuration interne de la justice, qui réponde à des phénomènes comme la désétatisation de la société marocaine au profit du marché, la décentralisation du pouvoir ou la concurrence à laquelle est soumise la juridiction au Maroc par d'autres institutions de contrôle et de mécanismes alternatifs de règlement des différends. Les deux réformes principales à mettre en œuvre, selon l'intervenant marocain, seraient la moralisation de la justice et le relèvement des compétences des juges.

De l'autre, il est nécessaire d'adapter le système juridique marocain au cadre normatif supranational : les instruments du juge pour appliquer le droit international doivent changer et il est nécessaire de définir la relation entre le droit interne marocain et le droit international. Dans ce sens, l'intervenant marocain a signalé que certains juges n'appliquent pas des traités ratifiés mais pas encore transposés et a plaidé pour que les normes internationales non ratifiées par le Maroc (comme par exemple la Convention Européenne des Droits de l'Homme) puissent servir aux juges pour mieux interpréter et appliquer les lois internes dans la mesure où ces normes feraient parti du droit international coutumier. Cela permettrait de mieux adapter la justice à une société qui est en train de changer à grande vitesse.

Au Maroc, il existe trois cas d'application directe de normes internationales : le droit de la personnalité, le droit de la propriété intellectuelle et le droit maritime.

En Espagne, pour que le juge applique un traité il faut qu'il soit ratifié. Mais une fois qu'il est ratifié, il est au dessus de la loi (art. 10 de la Constitution). De ce fait, le droit communautaire et, surtout, la jurisprudence communautaire ont une importance énorme.

En Espagne, l'immigration constitue un défi important pour les juges car le phénomène est très récent et autant le cadre normatif qui la régule (et qui est fortement conditionné par les politiques européennes) comme sa perception sociale sont en pleine évolution.

En 2000, il y eut un premier essai de régulation légale de ce nouveau phénomène, qui était très stricte et orienté fondamentalement vers le contrôle et l'expulsion des étrangers. La loi, qui a encore changé plusieurs fois la même année, a crée une situation d'insécurité juridique très forte pour les personnes sanctionnées avec l'expulsion puisque, l'expulsion demandant beaucoup de moyens économiques, beaucoup de décrets d'expulsion n'étaient pas exécutés.

Les juges administratifs, très influencés par leur façon de comprendre le monde, ont donnée des réponses très variées à cette réalité changeante et peu claire, certains faisant preuve d'une rigueur excessive vis-à-vis des

En Espagne, l'immigration constitue un défi important pour les juges car le phénomène est très récent et autant le cadre normatif qui la régule (et qui est fortement conditionné par les politiques européennes) comme sa perception sociale sont en pleine évolution

étrangers. La Cour Suprême a déclaré qu'avant l'expulsion il faut considérer si la personne qui n'a pas de carte de séjour a un ancrage (économique, familial ou social) dans la société. Et dans un arrêt postérieur elle a ajouté que l'absence de carte de séjour doit donner lieu, par défaut, à une amende. L'expulsion doit être employée uniquement dans des circonstances très précises (cas de violence de genre ou autres crimes).

En général, l'immigration a un impact très positif en Espagne, mais cela n'est pas bien connu des Espagnols, qui parfois ont peur, et les gouvernements traitent le sujet de façon parfois hypocrite. L'éducation et la culture sont les meilleurs moyens pour s'adapter à ces transformations.

Parmi les sujets polémiques actuels, on trouve la construction de mosquées et la question du port du voile dans les écoles. Il n'y a pas de loi sur le voile en Espagne, et certaines écoles ont interdit l'accès aux élèves portant un voile, mais, finalement, les autorités administratives ont obligé les centres à réadmettre ces élèves, puisque la priorité doit être donnée à l'éducation.

L'important, pour régler ces problèmes posés dans des sociétés cosmopolites est de mettre l'accent sur les droits individuels fondamentaux.

Des questions transversales et quelques éléments de réflexion

Au-delà du thème de chacune des interventions, certains sujets sont apparus tout au long du séminaire, soulevant des réactions de part et d'autre des participants. Il nous a semblé pertinent de les présenter ici, de façon plus distincte, afin que le lecteur puisse avoir un accès immédiat aux différents arguments évoqués en relation à chacune de ces questions.

La formation des juges

Les systèmes de formation des juges sont différents en Espagne et au Maroc.

En Espagne, chaque année il y a entre 120 et 150 nouvelles places de juge à l'Ecole Judiciaire. Le concours, extrêmement difficile et fondé presque uniquement sur la mémoire, est le même pour les juges que pour les procureurs, mais leur formation est différente, dans des centres différents.

La formation des juges dure quinze mois, dont neuf à l'Ecole Judiciaire, où l'on travaille surtout l'aspect pratique du travail de juge (étude de cas pratiques, simulation d'audiences, etc.), et six de stage, afin d'acquérir la pratique nécessaire, travaillant en tant que juge adjoint. A ce deuxième stade, le juge tuteur est une figure principale.

Le besoin de formation chez les juges est plus important que chez les procureurs, parce que ces derniers vont travailler d'abord en équipe avec d'autres procureurs plus expérimentés, alors que le juge, par contre, commence sa carrière tout seul, puisque la première instance en Espagne est unipersonnelle.

Le procureur doit bien s'exprimer à l'oral tandis que le juge doit surtout bien écrire. C'est pour cette raison qu'à l'Ecole Judiciaire les juges apprennent à rédiger des jugements, sans pour autant négliger une formation en communication verbale et non verbale. De plus, les juges reçoivent une formation plus poussée en droit privé que les procureurs.

Toutefois, le processus de Bologne va sûrement obliger à faire des changements dans le système.

De son côté, le Maroc affiche une volonté claire de poursuivre sa marche vers la démocratie, avec un plein respect pour la primauté de la loi, l'égalité et les droits de l'homme. La formation des magistrats est essentielle pour garantir cela.

Il y a 120 nouveaux juges chaque année, et ils reçoivent deux ans de formation à l'Institut Supérieur de la Magistrature (ouvert en octobre 2002) : une première année théorique et une deuxième pratique. Ce centre assure la formation initiale et continue, non seulement des juges et magistrats, mais aussi des greffiers et auxiliaires de justice.

Une des grandes différences par rapport à l'Espagne réside dans le fait qu'au Maroc les juges et les procureurs reçoivent la même formation. Le Maroc applique un système *niyaba* où le ministère public est une fonction quasi-judiciaire, une pratique courante dans les pays arabo-musulmans. Tous les juges et procureurs sont régis par le même statut, même si leurs rôles et leurs garanties professionnelles divergent.

En plus, un juge de fond peut devenir juge de parquet et vice-versa avec grande facilité. Il y a beaucoup de mobilité, ce qui pose un problème parce que les expériences et le savoir-faire de chacune de ces professions est assez différente.

Les participants n'ont pas manqué de signaler que des nouveaux besoins de formation se présentent. Ainsi, le processus de mondialisation dans lequel s'inscrivent ces deux pays fait en sorte que les juges soient de plus en plus confrontés à des réalités culturelles et juridiques complexes, ce qui devrait être abordé lors du processus de formation.

Il serait également intéressant que les juges aient une formation plus polyvalente, avec un accent mis sur la maîtrise de l'outil informatique, les langues étrangères et des champs du savoir non juridique, tels que les sciences humaines.

En Espagne le besoin de formation chez les juges est plus important que chez les procureurs, parce que ces derniers vont travailler d'abord en équipe, alors que le juge, par contre, commence sa carrière tout seul. Au Maroc les juges et les procureurs reçoivent la même formation

Le fonctionnement et la structure du système judiciaire

Concernant le fonctionnement et la structure du système judiciaire, deux questions ont spécialement soulevé l'intérêt des participants.

La première est la relation entre le Ministère de la Justice, qui fait partie du pouvoir exécutif, et le pouvoir judiciaire. Ce point a longuement été débattu car certains problèmes se posent qui affectent fondamentalement au principe de l'indépendance du juge.

En Espagne, malgré plusieurs réformes, il n'a pas encore été possible de trouver une formule de sélection des membres magistrats du Conseil qui permette d'échapper au même temps au corporatisme et à la politisation

Au Maroc, le ministre de la Justice est en même temps vice-président du Conseil Supérieur de la Magistrature[2]. De plus, il peut muter un juge de poste de façon discrétionnaire pour des périodes de six mois, sans que ce juge l'ait demandé ou ait donné son avis. Cela nuit gravement à l'indépendance du juge, qui, à la différence des systèmes européens, n'est pas inamovible.

En Espagne, le problème ne se pose pas en termes d'indépendance du juge, pris individuellement, mais en relation à l'organe de gouvernement des juges, le Consejo General del Poder Judicial[3] (CGPJ). Malgré plusieurs réformes, il n'a pas encore été possible de trouver une formule de sélection des membres magistrats du Conseil qui permette d'échapper au même temps au corporatisme et à la politisation. Aujourd'hui, le manque d'entendement des deux grands partis politiques empêche le renouvellement du CGPJ depuis un an.

La deuxième question, qui a suscité une curiosité particulière de la part des juges participants est la composition unipersonnelle ou collégiale des tribunaux. En Espagne, tous les tribunaux de première instance sont unipersonnels, ce qui constitue quelque chose d'exceptionnel même en Europe.

Au Maroc, la question de juge unique ou de collégialité se pose uniquement en ce qui concerne les tribunaux de première instance en fonction de certaines matières[4]. Le tribunal communal ou d'arrondissement est toujours unipersonnel. Le reste de tribunaux, dont toutes les juridictions de deuxième degré, est soumi au principe de collégialité[5].

Les réformes du système juridique

Les transformations sociales, économiques et politiques ont suscité des réformes importantes dans les systèmes juridiques des deux pays.

Par exemple, de nombreux textes législatifs ont évolué et, parfois, changé radicalement. C'est le cas, pour le Maroc, du Code de Procédure Pénale, qui a instauré des garanties fondamentales pour le justiciable, du nouveau Code de la Famille, qui a permis d'améliorer la situation juridique de la femme, ou du Code du Travail.

En Espagne, la procédure civile a été entièrement revue. Le jury a aussi été introduit dans certaines affaires pénales. Enfin, de nombreuses innovations légales concernant la famille et la protection de la femme ont été faites, comme la Loi contre la violence de genre, la modification du Code Civil permettant le mariage des personnes du même sexe, la réforme de la Loi de divorce ou la Loi sur l'égalité effective entre les hommes et les femmes.

Parallèlement, des réformes ont également été faites dans le sens d'une plus grande spécialisation des juges. C'est le cas des tribunaux de commerce et des tribunaux administratifs au Maroc et des tribunaux de violence de genre ou les tribunaux de la famille en Espagne.

Cependant, des réformes pourtant nécessaires n'ont pas encore abouti ou même démarré. D'un côté, l'indépendance et l'inamovibilité des

juges restent encore à parfaire au Maroc, ainsi que la séparation entre pouvoir judiciaire et pouvoir exécutif (ministère de la Justice), de même qu'en Espagne l'organe de gouvernement des juges n'a pas encore un système pacifique et pleinement fonctionnel de sélection de ses membres.

L'indépendance et l'inamovibilité des juges restent encore à parfaire au Maroc, ainsi que la séparation entre pouvoir judiciaire et pouvoir exécutif (ministère de la Justice)

D'un autre côté, et comme on vient de le signaler quelques paragraphes plus tôt, la formation des juges a fait l'objet de nombreux débats et devrait être adapté aux nouveaux défis que se présentent devant le juge, en lui permettant une meilleure compréhension des réalités juridiques extérieures à son pays, un meilleur accès à l'information et une plus grande maîtrise de l'outil informatique.

Enfin, l'accroissement et la distribution rationnelle des ressources humaines (juges et magistrats, assistants et fonctionnaires) et matérielles demeure un enjeu majeur pour assurer le bon fonctionnement du système judiciaire dans ces deux pays, notamment si l'on veut que l'augmentation de la productivité des juges ne nuise pas à la qualité de leur travail.

Autres acteurs

Le travail des juges et magistrats est en même temps influencé par une multitude d'acteurs, liés ou non au monde juridique, et dont la légitimité des intervention est très variable.

La qualité et le résultat du procès, ainsi que le plein respect des garanties des parties, dépend non seulement des juges mais aussi du travail des avocats. Leur rôle est essentiel et les participants n'ont pas manqué de rappeler que parfois les avocats ne sont pas à la hauteur[6].

Parmi les acteurs appartenant au monde juridique, l'on trouve également la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui a joué un rôle déterminant dans l'extension et la protection des droits fondamentaux et des garanties procédurales dans les pays européens. L'impact qu'une telle cour pourrait avoir dans les pays du Maghreb a été souligné pendant le séminaire.

En ce qui concerne l'application d'un droit supranational par les juges d'un pays, l'influence de l'UE et de la Cour de Justice de l'UE est très claire dans le cas espagnol.

Le pouvoir exécutif est un autre acteur clé. Comme on l'a déjà signalé, le gouvernement n'a pas un véritable intérêt à pourvoir les juges des moyens nécessaires à l'exercice de leurs fonctions car les juges sont, ou peuvent être, un contre-pouvoir. De même, la relation entre le Ministère de la Justice et l'organisme de gouvernement des juges (le CSM au Maroc et le CGPJ en Espagne) se prête à des questions concernant l'indépendance du corps judiciaire. Et il ne faut pas oublier que le Roi apparaît comme une figure décisive (indispensable, même) dans toute réforme concernant le système juridique marocain.

Parmi les acteurs non gouvernementaux et non juridiques l'on trouve les ONG, qui peuvent beaucoup appuyer les reformes légales, notamment

en ce qui concerne le statut de la femme, à travers des initiatives d'explication des nouveaux textes auprès de la population.

La religion est un acteur qui ne peut pas être laissé de côté. En Espagne, la Constitution de 1978 mit fin à la profonde influence que l'Eglise catholique avait eu pendant longtemps sur le droit, notamment sur le droit de famille

Alors que la fonction de la justice dans un État de droit est de veiller à ce que l'activité du pouvoir soit conforme à la loi, les **média** exercent une fonction de contrôle social des pouvoirs public, y compris le pouvoir judiciaire. C'est pour cette raison que toutes les constitutions démocratiques et la Convention Européenne des Droits de l'Homme reconnaissent l'importance du rôle des média pour le maintien de la critique au pouvoir et du pluralisme politique. Le contrôle mutuel est positif, cependant, il existe un danger lorsque les médias s'érigent en tribunaux et lorsque les juges veulent apparaître dans les journaux.

La **religion** est un acteur qui ne peut pas être laissé de côté. En Espagne, la Constitution de 1978 mit fin à la profonde influence que l'Eglise catholique avait eu pendant longtemps sur le droit, notamment sur le droit de famille. Malheureusement, la hiérarchie catholique ne semble avoir bien reçu cette perte de pouvoir puisqu'elle s'est opposée, parfois avec une forte belligérance, à toutes les réformes concernant le droit de famille depuis l'instauration de la démocratie. Côté Marocain, la Constitution établit que l'Islam est la religion officielle de l'état mais les intervenants marocains ont souligné que cela n'implique pas pour autant que la religion ait une influence sur le travail des juges en dehors de ce qui est établit par la loi car le Maroc a traditionnellement été un pays très tolérant envers les autres religions. Toutefois, il n'y a pas eu assez de temps lors de la rencontre pour explorer les possibles difficultés et limites de ce système.

Le dernier acteur évoqué pendant le séminaire est le **terrorisme**, qui constitue une provocation à l'autorité, y compris l'autorité judiciaire, et aux systèmes démocratiques. Il est pourtant vital que le système judiciaire continue de respecter les droits fondamentaux et les garanties procédurales dans la lutte contre le terrorisme, car autrement cela reviendrait à nourrir le phénomène même que l'on essaye de combattre. La seule alternative à la terreur est la sécurité juridique garantie par les droits de l'homme.

Glossaire

On aurait tendance à croire que lorsque des professionnels se rencontrent ils s'expriment dans un même langage, clairement délimité du point de vue sémantique. Or, dans un métier où le langage se situe souvent dans l'abstrait il est facile que les mots aient des significations complexes et, par conséquent, légèrement différentes pour une personne ou une autre.

Les juges qui ont participé à cette rencontre ont conversé autour de différents sujets mais certaines expressions revenaient toujours. Ce que l'on veut essayer ici est de mettre en avant, brièvement, certaines des réflexions qui ont accompagné ces mots et qui aident à mieux comprendre leur caractère polysémique, ainsi qu'à mieux définir leur sens pour les uns et pour les autres.

La Loi

- La loi est l'expression de la volonté générale.
- Toutefois, le pluralisme caractéristique des sociétés post-modernes fait que la loi ne soit plus aussi souvent un texte approuvé par un grand consensus social.
- Aujourd'hui, dans les sociétés européennes, la loi est perçue comme fruit d'une majorité politique qui peut changer après les suivantes élections générales, parfois comme le produit de la négociation entre les partis politiques, parfois encore comme le résultat de la pression des groupes économiques ou de lobbies.
- Concernant l'articulation entre loi et religion, le juge doit appliquer la loi et non se laisser guider par des principes moraux religieux, il est, au contraire, nécessaire de trouver des valeurs sociales. Dans une société démocratique et cosmopolite les normes éthiques dérivent des traités internationaux et de la constitution. La loi est au dessus de la religion, et si le juge ne pouvait pas appliquer la loi pour des raisons morales ou religieuses, il devrait démissionner.

Côté Marocain, la Constitution établit que l'Islam est la religion officielle de l'état mais les intervenants marocains ont souligné que cela n'implique pas pour autant que la religion ait une influence sur le travail des juges en dehors de ce qui est établit par la loi car le Maroc a traditionnellement été un pays très tolérant envers les autres religions

Le Droit

- Le Droit est l'ensemble de lois auxquels les gens sont soumis.
- Il existe une interrelation croissante entre les systèmes juridiques des différents pays : avec la mondialisation et les mouvements des personnes, les juges d'un pays sont de plus en plus obligés de prendre en compte les normes d'autres pays.
- De plus, le droit d'un pays est aujourd'hui complété par le droit international (traités internationaux, jurisprudence des tribunaux supranationaux).
- Le Droit n'est pas la même chose que la religion, dont la fonction est de lier les actes individuels à un certain imaginaire collectif que souvent on appelle « dieu ». Il y a des liens entre droit et religion (p.ex. les deux sont des systèmes liturgiques), mais le juge doit dépasser les valeurs morales d'ordre religieux. Une société démocratique et cosmopolite doit trouver des valeurs éthiques communes, et son droit doit être basé sur la Constitution et les traités internationaux.
- Parfois on se cache derrière le Droit Naturel pour éviter de regarder en face et devoir résoudre certains conflits de nos sociétés (par exemple la question de l'euthanasie).
- La coutume fait aussi partie du droit, mais parfois (notamment au Maroc) les juges rencontrent des difficultés pour la connaître.
- Il est évident que le droit est interprété par le juge dans l'exercice de ses fonctions afin de l'adapter au cas concret qu'il est en train d'examiner. Il est aussi clair que différents juges interpréteront la même norme de façon différente. Toutefois, il est nécessaire que, en dernière instance, il y a ait un sens non relativisable des normes, autrement on ne pourrait pas parler de norme ni d'exercice du pouvoir juridictionnel et cela est incompatible avec un régime de libertés.

Le Juge

- Le juge n'est pas uniquement la bouche qui prononce les paroles de la loi : il doit être en phase avec la modernité, avec le contexte social.

En Espagne, l'art. 3 du Code Civil établit que le juge doit appliquer la loi en accord avec la réalité sociale du moment.

- L'application de la loi est faite par le juge, depuis une position d'indépendance et en tant que tiers dans un conflit, c'est-à-dire, sans un intérêt personnel pour qu'il soit résolu d'une façon ou d'une autre. Le juge a, donc, avec lui la force de la raison.
- Lien entre juge et justice : c'est ici que la motivation du jugement joue un rôle essentiel, car c'est à travers la motivation que l'on découvre la rationalité de la décision adoptée et son ajustement à la valeur argumentative des prétentions des parties.

Par conséquent, la motivation des jugements permet de montrer que l'exercice du pouvoir est rationnel, tout en rendant possible le contrôle de ce pouvoir, et permet ainsi, en même temps, l'acceptation rationnelle de ce jugement par les citoyens.

- Dans une démocratie le pouvoir du juge est un pouvoir délégué, dans le sens où le juge n'a pas un pouvoir souverain. Il applique des lois qui sont faites par le Parlement, utilise des moyens personnels et matériaux qui sont pourvus par le ministère de la Justice. Il a, certes, à sa disposition, une police judiciaire qui dépend fonctionnellement de lui mais dont les supérieurs hiérarchiques sont au ministère de l'Intérieur.
- Paradoxalement, la perte de prestige de la loi produit une augmentation du rôle du juge. Dans un contexte où la loi a besoin de rationalisation, d'interprétation et d'adaptation à la réalité, le juge ne peut plus être considéré comme « la bouche qui prononce les paroles de la loi ».
- Chaque juge individuel incarne en soi tout le pouvoir pour décider le cas conformément à la loi. Le pouvoir judiciaire est un pouvoir diffus, où peuvent être accueillies positions minoritaires qui n'ont pas eu de succès dans d'autres instances régies par des critères de majorité. C'est l'espace propre à la protection des minorités, aspect clé de toute démocratie.

C'est pour cette raison que certains nouveaux problèmes qui se posent en cette deuxième modernité et qui ne sont pas encore abordés d'une manière générale par une loi, peuvent se poser et être résolus dans le cadre de la juridiction qui, par sa propre nature, traite les questions au cas par cas, avec une approche individualisée et non générale (p.ex. droits des immigrés, nouveaux types de famille).

- Le pouvoir du juge est limité par l'obligation de respecter les règles procédurales, et par le fait qu'il n'est pas obligé de découvrir la vérité matérielle.
- Est essentielle la question du contrôle des juges et par conséquent de leur indépendance:
  – Celui qui est condamné par erreur peut demander des dommages et intérêts.

– En Espagne, le *Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ) a un service d'inspection des juges, mais qui ne peut pas entrer dans le contenu des décisions rendues.
– Au Maroc, l'inamovibilité des juges n'est pas garantie et peut être un instrument de pression et de contrôle de la part du ministre de la Justice.
– Restrictions à la liberté d'expression du juge : il est essentiel que le juge garde l'impartialité objective (en plus de la subjective). En Espagne, il ne peut pas s'exprimer sur des questions purement politiques, mais sur des questions judiciaires si. Au Maroc, les juges ne peuvent pas s'exprimer librement lors d'un débat, même lorsqu'il verse uniquement sur la justice.

Le Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM) au Maroc est présidé par le Roi et vice-présidé par le ministre de la Justice, ce qui pose un problème d'indépendance de l'organe de gouvernement des juges par rapport au pouvoir exécutif. En Espagne, la sélection des juges membres du CGPJ est devenue très politisée.

- Dans une société démocratique et cosmopolite les normes éthiques dérivent des traités internationaux et de la Constitution. La Loi est au dessus de la religion, et si un juge ne pouvait pas appliquer la Loi pour des raisons morales ou religieuses, il devrait alors démissionner.
- Le juge comme contre-pouvoir : la Justice et les média partagent une même fonction de contrôle du pouvoir politique ou économique.
- Les juges ont besoin d'une formation différentiée de celle des procureurs, qui soit davantage axée sur la pratique et sur l'écrit, sans pour autant négliger l'expression orale. Une formation pluridisciplinaire et plus poussée en langues et en nouvelles technologies serait souhaitable.

La Justice

- L'injustice dans le jugement (dans le travail du juge) se produit si le juge ignore la loi ou s'il l'interprète mal.
- Le juge doit être en phase avec la société, et pour cela la formation est essentielle.
- La justice est garantie par le respect des garanties procédurales. C'est le législateur qui opte parmi un modèle plus *garantiste* ou un modèle plus rapide.

Les droits fondamentaux constituent la grammaire avec laquelle s'écrit la justice.

L'objectif du procès n'est pas de trouver la vérité matérielle, mais plutôt de trouver la vérité qui découle du respect des garanties du procès pénal.

La motivation du jugement joue ici un rôle essentiel, car c'est à travers la motivation que l'on découvre la rationalité de la décision adoptée et son ajustement à la valeur argumentative des prétentions des parties.

Par conséquent, la motivation des jugements permet de montrer que l'exercice du pouvoir est rationnel, tout en rendant possible le contrôle de ce pouvoir, et permet ainsi, au même temps, l'acceptation rationnelle de ce jugement par les citoyens.

La dernière doctrine du Tribunal Constitutionnel espagnol établit une distinction claire entre la vérité matérielle, propre du procès inquisitorial, et la vérité juridiquement valide, qui est celle obtenue dans le respect des règles basiques que sont les droits fondamentaux. Ce que l'on essaye de connaître dans le procès pénal n'est pas ce qui est vrai en soi, mais ce qui est juste et, par conséquent, uniquement la vérité qui fait partie de ce qui est juste.

Ce que l'on essaye de connaître dans le procès pénal n'est pas ce qui est vrai en soi, mais ce qui est juste et, par conséquent, uniquement la vérité qui fait partie de ce qui est juste

Ceci a une importance capitale, puisque cela dessine une position claire face à la torture ou d'autres méthodes semblables. Les règles procédurales basiques pour la prise de décisions du juge sont, alors, de ce point de vue, les droits fondamentaux, ce qui nous permet d'accéder à une **meilleure vérité**.

- L'activité juridique, pour être juste, devrait se dérouler également dans un **délai raisonnable**.
- La **culture juridique de l'impartialité**, très présente dans les pays anglo-saxons, est essentielle à la notion de justice. Malheureusement, et au-delà du système d'organisation judiciaire, elle est plus rare dans les pays latins, dont l'Espagne.

Notes

1. « La charia, la loi islamique, est une tradition juridique (…) sur laquelle repose le système juridique marocain. En tant que tel, le Maroc possède un double système juridique à l'origine de solutions alternatives dans certains domaines importants.
   Il en découle une dichotomie, mettant en présence d'une part la loi islamique qui règle les affaires personnelles, familiales et successorales et d'autre part, une législation civile englobant le droit des contrats, le droit commercial, le droit administratif, la procédure civile et le droit pénal. »
   Evaluation du Système Juridique et Judiciaire Marocain. Rapport de la Banque Mondiale. Octobre 2003. Disponible sur :
   http://www.leconomiste.com/upload/document/Rapport evaluat justice14102003.doc ou http://doc.abhatoo.net.ma/doc/IMG/doc/secteur_judic.doc.
2. En vertu de l'article 86 de la Constitution, le Conseil Supérieur de la Magistrature est présidé par Sa Majesté le Roi. La vice-présidence est exercée par le ministre de la Justice. Le Conseil se compose de neuf juges et procureurs. Le président et le procureur général de la Cour suprême ainsi que le président de la première chambre de la Cour suprême sont membres de droit. Six juges sont élus par leurs pairs, dont deux représentants des magistrats des cours d'appel et quatre représentants des magistrats des tribunaux de première instance.
   Le Conseil se réunit quatre fois par an pour examiner l'ordre du jour fixé par le ministre de la Justice. Ses attributions concernent la gestion des carrières de la magistrature ainsi que la discipline des juges et des procureurs. En cas de partage des voix, c'est la voix du ministre de la Justice qui est prépondérante. Le ministre transmet au Roi les propositions adoptées par le Conseil. Les décisions finales sont prises par décret royal. Le Conseil est assisté par un secrétaire général qui est un juge désigné par décret et sur proposition du ministre de la Justice. Son rôle consiste à préparer les informations nécessaires aux décisions arrêtées par le Conseil et à leur application. Il contrôle l'activité des juridictions ainsi que la répartition des ressources humaines. Le secrétaire général participe également aux réunions du Conseil en vue d'assister le ministre de la Justice mais ne possède pas de voix délibérative.

3. Le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire est l'organe de gouvernement des juges dont la mission est de garantir leur indépendance. Il a compétence territoriale sur tout le pays et compétence matérielle exclusive dans les domaines suivants : sélection et formation des juges, promotion et carrière judiciaire, responsabilité disciplinaire et service d'inspection des tribunaux. Néanmoins ses décisions peuvent être frappées d'un recours devant la chambre administrative de la Cour Suprême.

   Il est composé par quatre membres nommés par le Congrès des Députés (chambre baisse), quatre membres nommés par le Sénat (chambre haute) et autres 12 nommés par le Congrès des Députés mais sur proposition des juges. Les juges, à travers leurs associations (il y en a quatre) et aussi les juges non associés, doivent proposer trois candidats pour chaque poste (36 noms au total) et, finalement, c'est le Parlement qui en choisit 12 par une majorité qualifié de 3/5.

   A sa première séance, le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire nomme le Président de la Cour Suprême qui sera aussi le président du Conseil.
4. Le tribunal de première instance, dit de droit commun, a une compétence générale qui s'étend à toutes les affaires civiles, immobilières, sociales, pénales et de famille (statut personnel et successoral). Ces tribunaux siègent en principe en formation collégiale, sauf déclaration judiciaire de naissance et de décès, affaires relatives aux mineurs, conciliation et enquêtes en matière d'accident de travail et maladies professionnels, pension alimentaire en matière de famille et également pour les autorisation de mariage.

   En matière pénale il faut faire la distinction entre les contraventions les délits de police et correctionnel. Pour les contraventions et délits de police, c'est à dire dont la peine ne dépasse pas deux ans d'emprisonnement, il y a un juge unique, et pour les délits au-delà de deux ans jusqu'à cinq ans, c'est à dire les délits de correctionnel, c'est la formation collégiale. Si les faits constituent un crime passible d'une peine qui dépasse les cinq ans, ils relèvent de la compétence de la chambre criminelle à la Cour d'appel qui siège toujours en collégialité.
5. Le système de collégialité est plus renforcé à la chambre criminelle en raison de la gravité des crimes, avec cinq magistrats au lieu de trois, dont un président de chambre et quatre conseillers.
6. En ce sens, un adage ironique espagnol a été évoqué: « Il n'y a pas de mauvais procès, il y a uniquement des mauvais avocats »

Ser juez en Marruecos y en España.

Sistemas jurídicos en Marruecos y en España

El dispositivo jurídico marroquí y su relación con la cualificación y la formación de los magistrados.

Mustapha Terrab

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

EL DISPOSITIVO JURÍDICO MARROQUÍ Y SU RELACIÓN CON LA CUALIFICACIÓN Y LA FORMACIÓN DE LOS MAGISTRADOS

Mustapha Terrab

Primer Presidente de la Corte de Apelación Administrativa de Rabat

Es innegable que existe entre el magistrado y el derecho una relación dialéctica y funcional en perpetua interacción que persigue como objetivo supremo la realización de la justicia. Es por esa razón que el juez, que está llamado a decidir los litigios que le son sometidos, se refiere al derecho en el análisis y la evaluación de los argumentos y de las pruebas presentadas por cada una de las partes. A partir de ese momento, su veredicto se basa en su apreciación de los hechos y en su convicción íntima, lo que puede dar lugar a una sentencia justa y equitativa, en la cual la verdad judicial coincida con la verdad real, que es a lo que aspira cualquier magistrado, o a una divergencia entre ambas verdades, lo que provoca que la sentencia sea injusta y no equitativa por haber ignorado la ley o por haber interpretado mal sus disposiciones. Es la interacción positiva entre el magistrado y la ley que garantiza la justicia, favorece el desarrollo económico y asegura la *pacificación social*. Este rol vital de la magistratura sólo se podrá realizar en la medida en que se adecue a la rápida y permanente evolución de la sociedad, mediante una cualificación y una formación inicial rigurosa dirigida a los nuevos magistrados y la formación continua y de perfeccionamiento de los magistrados ejercientes.

Es la interacción positiva entre el magistrado y la ley que garantiza la justicia, favorece el desarrollo económico y asegura la *pacificación social*

La responsabilidad del magistrado de cara a la correcta aplicación de la ley de forma totalmente imparcial, con profesionalidad, independencia, honestidad y rectitud nos obliga inevitablemente a interrogarnos acerca de la calidad de la justicia, en tanto que objeto de preocupación de los justiciables y de los observadores tanto en el plano nacional como internacional. En efecto, las vicisitudes que conoce la magistratura en la mayoría de países del mundo, y de las cuales Marruecos no se salva, especialmente la lentitud, la complejidad de los procedimientos y la mediocridad de las sentencia, reflejan sin duda alguna el papel social que se le asigna a este sector vital, de manera que los justiciables, o mejor dicho los *usuarios de la justicia* consideran que el interés de las actividades sociales modernas depende de que la justicia cumpla con su papel de catalizadora del desarrollo económico y social del Estado moderno, obligado a apostar por la dualidad de la justicia y de la modernidad; dualidad que se ha vuelto indispensable. Así, la calidad que exige la justicia y que los medios de comunicación no cesan de reivindicar, está condicionada por la adopción de una concepción veloz de ésta y de una reflexión profunda sobre los medios necesarios para mejorarla.

La intervención del legislador se torna necesaria para elaborar textos jurídicos que sean capaces de integrar los veloces cambios que afectan a la sociedad

La realización de éste objetivo pasa, obligatoriamente, por la conciliación entre, por una lado, las aspiraciones de los justiciables a una justicia rápida y capaz de satisfacer el importante número de casos presentados ante los tribunales (en Marruecos, se registran una media de 3 millones de asuntos al año) y , por otro, la calidad de la justicia, tanto por lo que se refiere a la calidad de las sentencias, principalmente en materia de motivación de las decisiones judiciales[1], como en todo lo referido a la calidad de las prestaciones ofrecidas en términos de recepción y acogida, de información y de utilización de los métodos modernos de seguimiento rápido y preciso de los expedientes; permitiendo así una satisfacción cuantitativa y cualitativa.

En todo caso, una adecuación semejante es difícil de llevar a cabo dada la existencia de dos modelos de justicia:

- Un modelo evolucionado, que consiste en una justicia que toma todo su tiempo para decidir veredictos justos y eficientes una justicia respetuosa con las garantías procesales ante una defensa poderosa, una justicia especializada que interviene con profesionalidad y emite sentencias de calidad;
- Y un modelo rápido que trata los asuntos que le son presentados en un plazo razonable pero que muestra un respeto menor hacia las garantías procesales y no se preocupa tanto por la calidad de las sentencias.

En este sentido, la intervención del legislador se torna necesaria para elaborar textos jurídicos que sean capaces de integrar los veloces cambios que afectan a la sociedad, que puedan acompañar a los nuevos métodos y programas que persiguen la formación de los magistrados y su cualificación de cara a una mejor aplicación de dichos textos y, en consecuencia, asegurar una justicia sana, participar en el desarrollo económico y contribuir a la instauración de la paz social en el país al que pertenece.

Después de esta introducción, procederemos a presentar algunos regímenes jurídicos a través de los cuales el legislador marroquí ha intentado seguir las exigencias de nuestro tiempo y las evoluciones sociales y socioculturales; nos referiremos, acto seguido, al sistema de formación de los magistrados en el Instituto Superior de la Magistratura en el marco de la relación dialéctica anteriormente evocada entre justicia y derecho.

El nuevo Código Procesal Penal (CPP)[2]

Se había vuelto necesario enfrentarse a las lagunas y a los problemas engendrados por la aplicación de los textos jurídicos y por las realidades sociales marroquíes, desvelados por la práctica cotidiana y que requerían soluciones para los problemas jurídicos planteados. Así como también era necesaria la intervención del legislador para adaptar la legislación interna a las normas supranacionales inducidas por la ratificación por parte de Marruecos de los convenios internacionales, además de los progresos realizados por nuestro país en materia de preservación de los Derechos Humanos, de protección de las libertades individuales y colectivas y de instauración del Estado de derecho.

La reforma del Código Procesal Penal para adaptarlo a las exigencias del mundo moderno también ha sido motivada por otras razones, entre las cuales encontramos:

- El recrudecimiento del fenómeno del crimen organizado y la aparición de nuevos crímenes en relación con los avances científicos y técnicos y con las condiciones sociales y económicas han demostrado los límites del proceso penal y su incapacidad para combatirlos;
- El aumento del número de expedientes presentados ante las jurisdicciones penales, que es una justicia colegial, conllevando una acumulación de los asuntos, a pesar de su sencillez, lo cual ha llevado a proponer que determinados asuntos penales puedan ser tratados por un juez único;
- El régimen de la jurisdicción penal ya no inspira confianza en muchos de los actores que en ella intervienen y es objeto de críticas a causa de la lentitud y la ineficacia de los procedimientos o de la ineficiencia o insuficiencia de las decisiones judiciales.

De manera general, la preocupación por garantizar un proceso justo conforme a los estándares internacionales, preservar los derechos de los ciudadanos y proteger sus libertades, por una parte, y la necesidad de salvaguardar el interés y el orden público, por otra, han sido los elementos esenciales que han suscitado la revisión del Código Procesal Penal promulgado en 1959 así como del *Dahir*[3] relativo a las disposiciones transitorias de 1974 para adaptarlos a la nueva orientación de Marruecos hacia la institución de un Estado de derecho, corrigiendo los errores desvelados por 40 años de práctica judicial e inspirándose de las fuentes islámicas y de los valores de la sociedad marroquí, preservando al mismo tiempo las bases jurisprudenciales y las conquistas alcanzadas en materia de Derechos Humanos.

La preocupación por garantizar un proceso justo conforme a los estándares internacionales, preservar los derechos de los ciudadanos y proteger sus libertades, por una parte, y la necesidad de salvaguardar el interés y el orden público, por otra, han sido los elementos esenciales que han suscitado la revisión del Código Procesal Penal promulgado en 1959

Entre los principios contenidos en el nuevo Código Procesal Penal (CPP), podemos citar:

La presunción de inocencia

El artículo primero del CPP estipula que la inocencia se presume mientras el acusado o inculpado no haya sido condenado por sentencia firme que haya adquirido la fuerza de cosa juzgada y todo ello en virtud de un proceso justo y equitativo. Si se considera este principio como uno de los derechos naturales reconocidos por multitud de convenios internacionales relativos a los Derechos Humanos, su reproducción en el CPP se había vuelto necesaria para adaptarse a las disposiciones de la Constitución, que estipula en su preámbulo que "el Reino de Marruecos suscribe los principios, derechos y obligaciones que derivan de las Cartas de los organismos internacionales y reafirma su adhesión a los Derechos Humanos tal y como son universalmente reconocidos".

La consolidación y el refuerzo de las garantías de un proceso justo

El nuevo CPP ha querido introducir este principio, consagrado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 10) y cuyas particu-

laridades han sido especificadas por el artículo 14 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos. Dicho principio ha sido reforzado en el Código a través de varias garantías, entre las cuales se encuentran:

- La obligación del Oficial de la Policía Judicial (OPJ) de utilizar los servicios de un traductor si el acusado habla una lengua o un dialecto diferente al del oficial, o de que le asista una persona capaz de comunicar con el interesado si éste fuera sordo o mudo;
- La clarificación del procedimiento de colaboración judicial con países extranjeros y la inserción de un procedimiento de extradición en el CPP para conformarse a las disposiciones del derecho internacional;
- La condición de la insolvencia como causa suficiente para que no se adopte la prisión por deudas y la aumentación de la edad mínima para la aplicación de dicha prisión de 16 a 18 años así como la disminución de la edad máxima de 65 a 60 años.

El nuevo CPP se ha orientado hacia la eliminación inmediata de los efectos del crimen y la preservación de la situación anterior a éste, y ha instaurado un nuevo proceso que busca reagrupar y consolidar los lazos familiares y sociales, intentando reconciliar a los antagonistas

La instauración de nuevos mecanismos de lucha contra el crimen y de protección a las víctimas

El nuevo CPP se ha orientado hacia la eliminación inmediata de los efectos del crimen y la preservación de la situación anterior a éste, y ha instaurado un nuevo proceso que busca reagrupar y consolidar los lazos familiares y sociales, intentando reconciliar a los antagonistas. La Xª Conferencia de las Naciones Unidas sobre la prohibición del crimen y el tratamiento a los criminales había tomado esta misma dirección, refrendada por la conferencia de Viena en abril de 2000, que recomendaba:

- La adopción de programas nacionales, regionales e internacionales de apoyo a las víctimas de crímenes a través de la mediación o de la justicia transaccional;
- La fijación del año 2002 como fecha límite para que los países revisaran sus prácticas en la materia.

La instauración de mecanismos alternativos a la prisión preventiva (puesta bajo vigilancia judicial)

El nuevo CPP intenta introducir ciertas disposiciones que permiten ejecutar las decisiones judiciales sin recurrir a la gestión de la prisión provisional; procedimiento criticado por consideraciones humanitarias y sociales. En efecto, el Código de 1959 no había previsto ninguna medida alternativa de alcance humano, del mismo modo que el juez de instrucción no disponía de ninguna alternativa eficiente que le garantizase la presencia del acusado durante la instrucción. Es por esa razón que el nuevo CPP ha previsto la puesta bajo vigilancia judicial[4], cuyas principales disposiciones son las siguientes:

- Prohibición de abandonar la zona territorial determinada por el juez de instrucción;
- Prohibición de frecuentar ciertos lugares, fijados por el juez de instrucción;
- Obligación de informar al juez de instrucción de cualquier desplazamiento fuera de los límites predeterminados;

- Obligación de presentarse periódicamente ante los servicios o las autoridades designadas por el juez de instrucción;
- Prohibición de entrar en contacto con las personas especialmente designadas por el juez de instrucción;
- Depósito de una fianza, la fijación de cuyo montante se deja a la apreciación del juez de instrucción, en función de la situación financiera del acusado.

El nuevo Código de Familia[5]

Entre las razones que han inspirado la reforma del Código de Familia figura la voluntad de mejorar la situación de la mujer marroquí, de darle un papel mayor y de construir una sociedad justa e igualitaria.

Entre las razones que han inspirado la reforma del Código de Familia figura la voluntad de mejorar la situación de la mujer marroquí, de darle un papel mayor y de construir una sociedad justa e igualitaria

En este marco, Su Majestad el Rey Mohammed VI, en su discurso de 10 de octubre de 2003, en ocasión de la apertura de la sesión legislativa, presentó los grandes ejes de la reforma, haciendo hincapié en los referentes y las constantes sobre las que descansa el proyecto, que son:

- El respeto a los preceptos divinos: no prohibir aquello que Dios ha permitido ni permitir aquello que Dios ha prohibido;
- La toma en consideración de los objetivos del Islam, de los valores del rito malekita y de la doctrina desarrollada por los Ulema de cara a promulgar un código moderno coherente con la religión musulmana;
- La elaboración de un Código que regule toda la familia y no sólo la situación de la mujer, conciliando la revalorización de la mujer, la protección de los derechos del niño y la preservación de la dignidad del hombre.

Al tiempo que sometía el proyecto de Código de Familia a examen en el Parlamento, Su Majestad el Rey incitó al ministro de Justicia a usar todos los medios a su alcance para que el proyecto se lleve a cabo, puesto que de su éxito depende la instauración de una justicia familiar justa, moderna, eficiente, que disponga de los medios humanos, materiales y procesales necesarios para permitir una sentencia rápida así como la activación de los procedimientos de ejecución. Su Majestad insistió también en la necesidad de que se prevean locales en el seno de todos los tribunales del Reino para los jueces de familia y de que se proceda a la formación y a la calificación de los funcionarios en este ámbito, para que puedan ejercer las funciones que les han sido atribuidas. Los ejes principales sobre los que reposa el nuevo Código pueden resumirse de la manera siguiente:

- Situar la responsabilidad familiar bajo la supervisión conjunta de ambos cónyuges;
- Considerar la tutela matrimonial como un derecho de la mujer mayor de edad que puede ésta puede ejercer libremente en función de sus intereses;
- Uniformizar la mayoría de edad legal a los 18 años tanto para el hombre como para la mujer;
- Conformarse al principio musulmán de la equidad en materia de poligamia, que el juez no podrá autorizar salvo que concurran las circunstancias objetivas y excepcionales establecidas y si el esposo dispone de medios suficientes para atender a las necesidades de sus esposas e hijos de forma equitativa;

El Reino se ha dotado de un Código del trabajo en un momento en el cual el país intenta poner en marcha nuevos mecanismos de progreso económico y social para responder a las exigencias del desarrollo

- Simplificar las formalidades para el matrimonio de los Marroquíes Residentes en el Extranjero (MRE), siendo suficiente la presencia de dos testigos musulmanes de manera aceptable en el lugar de residencia y la consignación del acto a nivel de los servicios consulares o judiciales marroquíes;
- Considerar el divorcio como disolución del matrimonio ejercida por el esposo y la esposa, cada uno según sus condiciones legítimas y bajo control judicial, restringiendo el poder de repudiación arbitraria del hombre;
- Ampliar el derecho de la mujer a solicitar el divorcio en el caso de que el marido no respete las cláusulas del acta matrimonial;
- Proteger los derechos de los hijos tal y como están reconocidos por las convenciones internacionales ratificadas por Marruecos, concediendo la prioridad de la adopción a la madre, después al padre, y por último a la abuela, pudiendo el juez, en caso de imposibilidad, que confíe la adopción al pariente que mejor pueda garantizar los intereses del menor. La garantía de un hogar decente para el niño adoptado se considera una obligación claramente diferenciada de las otras obligaciones. El texto fija igualmente un plazo de un mes para que el juez decida sobre los asuntos relativos a las pensiones alimenticias;
- Preservar el derecho de filiación del niño en el caso de que no se registre el acta matrimonial por razones independientes de la voluntad de la madre, autorizando al juez a recurrir a todas la vías que permitan probar la paternidad, como el peritaje médico;
- Otorgar a los nietos el derecho a heredar de su abuelo, materno o paterno, en las mismas condiciones y según las reglas del testamento obligatorio;
- Se ha mantenido la regla de la separación de bienes, dejando la posibilidad de que los esposos consignen en un documento independiente del acta matrimonial un marco de gestión de los recursos adquiridos durante el matrimonio.

El nuevo Código del Trabajo[6]

- En el marco del fortalecimiento de la economía nacional, que ocupa un lugar preponderante a la hora de tomar las decisiones económicas de Marruecos,
- y con la intención de promover las pequeñas y medianas empresas, en su calidad de socios esenciales del tejido económico y en particular como principales empleadores de mano de obra,
- y para preservar el rol de la empresa moderna como unidad económica y social amparada por el derecho a la propiedad privada, que se obliga a respetar la dignidad de los salarios y a garantizar los derechos individuales y colectivos,
- y para reforzar los mecanismos de diálogo y de reconciliación durante los procesos de regulación de los conflictos laborales,
- y respetando los derechos y libertades garantizadas por la Constitución y por los convenios internacionales ratificados por Marruecos,
- el Reino se ha dotado de un Código del trabajo en un momento en el cual, como precisó Su Majestad el Rey Mohammed VI, el país intenta poner en marcha nuevos mecanismos de progreso económico y social para responder a las exigencias del desarrollo, estar a la altura de los desafíos de la globalización y de la competitividad y favorecer las inversiones nacionales e internacionales de cara a la instauración de una economía moderna y capaz de evolucionar.

Llegados a este punto, presentaremos los principios fundamentales del nuevo Código del Trabajo así como los objetivos que persigue[7].

Los principios que presidieron la promulgación del Código del trabajo

- El respeto de los Derechos Humanos tal y como están universalmente reconocidos y principalmente de los derechos y libertades garantizados por la Constitución en el mundo del trabajo en lo relativo a la libertad de trabajo y al ejercicio sindical;
- La observancia de los convenios internacionales concluidos bajo la égida de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización Árabe ratificados por Marruecos;
- La institucionalización de las negociaciones colectivas y la consolidación de las capacidades contractuales de los agentes sociales;
- La mejora del marco y de las condiciones de trabajo y la garantía de seguridad y salubridad en el lugar de trabajo;
- El reconocimiento del derecho a la formación continua en provecho de los asalariados para favorecer la calificación y la promoción;
- La creación de las condiciones para el desarrollo de la empresa marroquí y la promoción de la economía marroquí gracias a la modernización de las relaciones profesionales para permitir la estabilidad y la ampliación del mercado de trabajo;
- El fortalecimiento de los mecanismos de seguimiento y control para favorecer la aplicación de las disposiciones de la legislación laboral.

Los objetivos que se fija el Código del trabajo[8]

- Reunir los textos legislativos relativos a las relaciones laborales en un solo documento, facilitando su consulta y su utilización por parte de los actores económicos y sociales y por los juristas: magistrados, abogados, investigadores;
- Simplificar las normas jurídicas que regulan las relaciones laborales;
- Adoptar la regla del equilibrio en las relaciones entre empresarios y trabajadores;
- Reforzar la capacidad competitiva de las empresas a través de la creación de un clima favorable a la productividad mediante la consolidación de los mecanismos de diálogo y negociación;
- Desarrollar y promover el derecho contractual como marco organizativo de los derechos y obligaciones y mejorar las condiciones laborales mediante el impulso de los convenios colectivos;
- Reconocer la importancia crucial de los contenciosos laborales ampliando el margen de responsabilidad en la resolución de los conflictos;
- Adaptar la legislación nacional a los convenios de la OIT, principalmente los convenios nº:
  - 138, relativo a la fijación de la edad mínima de acceso al trabajo,
  - 100, relativo a la igualdad de remuneración,
  - 98, relativo al derecho de sindicación y de negociación colectiva,
  - 111, de condena de las discriminaciones salariales y profesionales,
  - 29, relativo al trabajo forzoso
  - 105, relativo a la abolición del trabajo forzoso.

La Ley relativa a la lucha contra el blanqueo de dinero[9]

Marruecos busca fortalecer los mecanismos de control de los flujos financieros ilegales depositados en los bancos resultantes de operaciones comerciales prohibidas

Teniendo en cuenta la importancia de esta ley así como su reciente publicación, hemos decidido integrarla en el presente trabajo entre los modelos que conforman el dispositivo jurídico moderno del país, como testimonio de los desafíos a los que deberá enfrentarse nuestro país en el ámbito de la lucha contra los crímenes de blanqueo de dinero, que constituyen no sólo un peligro para la economía nacional sino también para la economía mundial. Según las estimaciones del Fondo Monetario Internacional (FMI), estas operaciones representarían entre un 2% y un 5% del producto mundial bruto, lo que correspondería a un billón y medio de dólares (equivalente a seis veces el presupuesto de Francia).

A través de la promulgación de esta ley, Marruecos busca fortalecer los mecanismos de control de las operaciones de apertura de cuentas y la creación de una estructura de tratamiento de las informaciones y de control de los flujos financieros ilegales depositados en los bancos resultantes de operaciones comerciales prohibidas (tráfico de drogas, tráfico de armas, corrupción, concusión, abuso de poder, desvío de fondos públicos, trata e inmigración clandestina…).

Ante la recrudescencia del crimen organizado y el desarrollo de sus métodos y sus ramificaciones a través de las redes internacionales, así como bajo la influencia de las grandes mutaciones globales, en particular la mundialización y sus repercusiones sobre el aumento del paro, de la marginalización y de las disparidades económicas y sociales, el blanqueo de dinero ha encontrado un terreno propicio para cangrenar las economías de los países en diferentes sectores, relativos principalmente a la renta nacional, a la tasa de inflación y al valor de la moneda nacional y ha acentuado los gastos superfluos y los valores bursátiles[10]; expondremos brevemente las consecuencias sobre cada una de estas variables:

- *Blanqueo de dinero y renta nacional:* la salida de capitales ilegales fuera del territorio nacional conlleva para el Estado una pérdida de rentas sociales que hubieran podido equilibrar la renta nacional, provocando en consecuencia un aumento del paro y un desajuste de la oferta en relación a la demanda;
- *Blanqueo de dinero e inflación:* los crímenes de blanqueo de dinero acentúan la tasa de inflación en la medida en que constituyen una actividad económica paralela informal que produce un aumento de la demanda de consumo de modo anárquico y, por ello, un aumento general de los precios;
- *Blanqueo de dinero y moneda nacional:* los estrechos lazos que existen entre blanqueo de dinero y fuga de capitales provocan ineluctablemente un aumento de la oferta de la moneda nacional y el aumento de las divisas extranjeras que sirven para transferir capitales a bancos extranjeros, provocando una devaluación de la moneda nacional;
- *Blanqueo de dinero y aumento de los gastos superfluos:* la introducción ilegal de capitales que no provienen de una fuerza de producción real produce gastos ostentosos y, por consiguiente, una dilapidación irracional de los recursos (casinos, gastos superfluos y fastuosos);
- *Blanqueo de dinero y operaciones bursátiles:* puesto que el blanqueo de dinero tiene por objetivo la legitimación de rentas ilegales,

la bolsa aparece como un lugar privilegiado para cometer este tipo de crímenes; ya que la bolsa es un lugar público de fácil acceso. Si, en principio, la compra de acciones busca hacer fructificar el capital, quienes blanquean dinero prefieren, en un primer momento, perder una parte de éste para legitimarlo y posteriormente lanzarse de forma masiva y desde la distancia a realizar el mismo tipo de acciones, favoreciendo así una operación fructuosa anormal que podría llegar a producir un "crash" bursátil como el que se produjo en la bolsa de Tokio en los años 80, provocando un déficit estimado en 300.000 millones de dólares, un 30% del cual fue responsabilidad de las bandas criminales[11].

Además de la moralización de la vida pública, con la promulgación de la ley 05-43 Marruecos persigue la instauración de una estrategia global que facilite la recuperación de su economía, permitiéndole integrar el mercado mundial a través de la zona de libre comercio con la Unión Europea en el horizonte 2010, conforme al acuerdo de asociación alcanzado en 1999.

Además de la moralización de la vida pública, con la promulgación de la ley 05-43 Marruecos persigue la instauración de una estrategia global que facilite la recuperación de su economía, permitiéndole integrar el mercado mundial a través de la zona de libre comercio con la Unión Europea en el horizonte 2010

Estos son algunos ejemplos de leyes recientes, entradas en vigor en los últimos años, y que confirman la voluntad de Marruecos de continuar su marcha hacia la democracia, la protección de los Derechos Humanos, la preservación de las libertades individuales y la consagración de los principios de legalidad y primacía de la ley. No obstante, dichos dispositivos solo podrán dar sus frutos si existe una justicia competente i calificada capaz de asegurar la tranquilidad de los actores y, así, favorecer el desarrollo económico y social deseado.

De este modo, la formación de los magistrados reviste una importancia capital, permitiéndoles jugar un papel primordial y dar a las leyes una verdadera credibilidad en razón de la relación orgánica existente entre el derecho y la justicia. Es en este sentido que abordaremos la formación de los magistrados a través de una breve exposición sobre el Instituto Superior de la Magistratura.

La formación de los magistrados

Marruecos cuenta con alrededor de 3.200 magistrados de los cuales un 20% son mujeres, aunque en ciertas circunscripciones esta tasa alcanza el 80%, como es el caso del Tribunal de 1ª Instancia de Rabat. Estos magistrados ven unos tres millones de asuntos al año. Teniendo Marruecos una población de 32 millones de habitantes, se puede decir que existe un magistrado por cada 10.000 habitantes, lo que refleja la reducida tasa de cobertura judicial nacional. A título meramente indicativo, cada año hay apenas 120 nuevos magistrados, lo que corresponde, grosso modo, al número de magistrados que abandonan la carrera por defunción, jubilación u otras causas, lo cual conlleva un estancamiento del número de magistrados en ejercicio.

Por lo que concierne a la formación, el Instituto Nacional de Estudios Judiciales (INEJ), creado por el Decreto del 29 de enero de 1970, ha sido erigido en un establecimiento público dotado de autonomía administrativa y financiera denominado "Instituto Superior de la Magistratura"

(ISM) por el Dahir relativo a la Ley nº09-01 de 3 de octubre de 2002; dicho establecimiento se encuentra bajo la tutela del Estado en lo relativo a sus atribuciones y al control financiero ejercido sobre los establecimientos públicos. El ISM ejerce las siguientes funciones:

Los "attachés de justice" son contratados según las necesidades de las distintas jurisdicciones, a través de un concurso-oposición abierto a los candidatos que hayan superado un proceso de preselección

- La formación inicial de los "attachés de justice"[12] mediante la organización de ciclos de conferencias y de períodos de prácticas que les permitan adquirir los conocimientos, las técnicas y las reglas de deontología necesarias para el ejercicio de la profesión judicial.
- La formación inicial y continua de los magistrados a través de ciclos de formación, de seminarios y de períodos de prácticas en el interior del país y en el extranjero.
- La formación inicial y continua de los responsables de la oficina del secretario judicial y de los auxiliares de justicia (abogados, peritos, notarios, etc.).

Los "attachés de justice" son contratados según las necesidades de las distintas jurisdicciones, a través de un concurso-oposición abierto a los candidatos que hayan superado un proceso de preselección. Los candidatos deben:

- Disponer de un título universitario expedido por una universidad marroquí (licenciatura, opción de derecho privado) o por una de las facultades de la Chari'a que dependen de la Universidad de Al Karaouiyine. Esto, en relación con los magistrados del orden jurisdiccional. Los magistrados de las jurisdicciones administrativas deben disponer de un título universitario expedido por una universidad marroquí (licenciatura, opción derecho público o ciencias económicas);
- Tener la nacionalidad marroquí;
- Gozar de sus derechos cívicos y respetar la moral y las buenas costumbres;
- Tener al menos 21 años y ser físicamente apto.

Una orden del ministro de Justicia fija las formalidades y los criterios de preselección de los candidatos seleccionados para participar en el concurso-oposición de "attaché de justice"[13]. La comisión de preselección, que es al mismo tiempo la comisión responsable del concurso-oposición[14], procede a la clasificación de los candidatos según las condiciones enumeradas previamente.

La formación inicial de los magistrados

- La formación inicial de los "attachés de justice" busca facilitarles la adquisición de las capacidades y las técnicas de expresión, el conocimiento de la legislación y la jurisprudencia nacionales y extranjeras y las técnicas de redacción de las sentencias, así como las reglas de deontología de la profesión de juez y de comportamiento con los responsables, los colegas, los auxiliares de justicia y los justiciables.
- La formación en el ISM comporta igualmente materias esenciales entre las cuales se encuentran el proceso judicial (civil y penal), la jurisdicción de familia, el derecho privado, el derecho público, el derecho mercantil y el derecho mercantil internacional, además de materias secundarias como traducción, informática y deontología profesional.

- La formación se desarrolla también a través de conferencias, mesas redondas y talleres que permiten el intercambio de opiniones y la discusión de problemas jurídicos relevantes.
- La formación dura dos años, de los cuales hay uno de formación teórica general y otro de prácticas en el seno de una jurisdicción bajo la supervisión del 1er presidente de Tribunal de Apelación y del Fiscal General de dicho tribunal.

Hay que señalar la existencia de una verdadera voluntad política de reformar la justicia que refuerce su independencia

La formación continua de los magistrados

El Instituto Superior de la Magistratura organiza ciclos de formación continua dirigidos a los magistrados de todas las categorías consistentes en sesiones de perfeccionamiento y mejora de las capacidades profesionales, así como en programas de perfeccionamiento que les permitan adquirir las competencias necesarias para acompañar las recientes evoluciones técnicas y profesionales.

La formación profesional se articula alrededor de los siguientes ejes:

- El conocimiento de la jurisprudencia nacional y extranjera;
- El conocimiento de la legislación nacional y extranjera y sus reformas;
- Acompañar la transformación que conlleva la especialización de los magistrados y aprender las exigencias de las especializaciones en general;
- Acompañar las evoluciones económicas y sociales, permitiéndoles conocer los problemas cotidianos de la sociedad.

El examen de fin de formación

Los periodos de prácticas de los "attachés de justice", tanto a nivel del Instituto como a nivel de las jurisdicciones, deben ser validados en un examen de fin de formación; una vez superado el examen, los "attachés" son nombrados magistrados en los tribunales de 1ª Instancia por un Dahir a propuesta del Consejo Superior de la Magistratura[15].

Finalmente, hay que señalar la existencia de una verdadera voluntad política de reformar la justicia. Su Majestad el Rey Mohammed VI declaró en su último discurso del Trono, el 30 de julio de 2007, que la justicia se sitúa a la cabeza de los sectores prioritarios para la etapa que comienza, ya que se encuentra en la base del Estado de derecho y de la primacía de la ley y constituye el fundamento del desarrollo y del estímulo de las inversiones; es por ello que todos debemos movilizarnos para que se lleve a cabo una reforma integral de la justicia que refuerce su independencia, de la que somos garantes, con el objetivo de restaurar la confianza en la justicia y la garantía de la seguridad, que pasan obligatoriamente por la calificación profesional, la honestidad y la rectitud y por la preservación de la integridad de la justicia y de su deontología así como por la continuación del proceso de modernización y su recalificación, tanto a nivel de sus estructuras como en relación a los recursos humanos, materiales y jurídicos.

Notas

1. En Francia, por ejemplo, el último sondeo de opinión, realizado en 2003, sobre la calidad de la justicia, entre una amplia muestra de justiciables, ha demostrado que la calidad de las sentencias en términos de motivación difiere según se trate de la justicia civil o de la justicia penal. Si la tasa de motivación de las sentencias es correcta en materia civil, no ocurre lo mismo en la justicia penal, para la cual la tasa de motivación es inferior al nivel requerido. Esta observación es extrapolable al caso de Marruecos, a causa del predominio de los asuntos delictivos registrados en 1ª Instancia, en apelación e incluso en casación, lo cual reduce la calidad previsible de las sentencias. *N. del A.*
2. Ley nº 01-22. *N. del A.*
3. Se conocen como *dahir* los decretos emitidos por el Rey de Marruecos. *N. del T.*
4. Ver en detalle las disposiciones relativas a la puesta bajo vigilancia judicial en el art. 161 del nuevo CPP. *N. del A.*
5. Dahir n° 1.04.22 de 3 de febrero de 2004 en aplicación de la Ley n° 70.03 sobre el Código de Familia, publicado en el B.O. n° 5184 de 1 de febrero de 2004, p.418. *N. del A.*
6. Dahir n° 1.03.194 de 11 de septiembre de 2003 en aplicación de la Ley n° 99-65 relativa al Código del Trabajo, publicado en el B.O. n° 5167 de 8 de diciembre de 2003 p. 3969. *N. del A.*
7. Extractos del discurso del ministro de Trabajo ante la Cámara de los Consejeros en ocasión de la presentación del proyecto de ley nº 99 – 65 relativo al Código del Trabajo – in REMALD nº 155 p.35. *N. del A.*
8. Extractos del discurso del ministro de Trabajo ante la Cámara de los Consejeros en ocasión de la presentación del proyecto de ley nº 99 – 65 relativo al Código del Trabajo. *N. del A.*
9. Dahir n° 1.07.79 de 17 de abril de 2007 en aplicación de la Ley n° 05.43 relativa al blanqueo de dinero, publicado en el B.O. n° 5522 p. 1359 et s. *N. del A.*
10. Ver artículo del Dr. Mohammed Yahya, in REMALD n° 74 p.73. *N. del A.*
11. Ver artículo del Dr. Mohammed Yahya, in REMALD n° 74 p.77. *N. del A.*
12. Se denominan « attachés de justice » aquellos candidatos que han superado el examen de acceso al Instituto Superior de la Magistratura, equivalente a la Escuela Judicial española, hasta el momento en que pasan el examen de fin de formación. Aquellos que superan dicho examen con éxito pueden, a propuesta del Consejo General de la Magistratura, ser nombrados magistrados. *N. del T.*
13. La orden del ministro de Justicia de 23 de octubre de 2006 precisa los criterios de preselección de los candidatos al concurso-oposición de "attachés de justice" organizado en enero de 2007. Los candidatos debían haber obtenido alguno de los diplomas previstos por el reglamento en vigor y disponer de las notas y las apreciaciones correspondientes sin poder superarse el límite de seis veces el número de plazas sacadas a concurso; el personal de la oficina del secretario judicial también podía concurrir en caso de disponer de alguno de los diplomas citados y poder justificar 5 años de antigüedad, de igual modo que los candidatos titulares del DESA (Diploma de Estudios Superiores) en las especialidades solicitadas.
14. La comisión de preselección y del concurso-oposición, designada por orden del ministro de Justicia está compuesta de :
    - Un presidente de cámara de la Corte Suprema (CS), como presidente;
    - 3 magistrados con la categoría de, al menos, consejeros en la CS;
    - El Director General del ISM;
    - El Director de los Asuntos Civiles del Ministerio de Justicia;
    - Dos profesores de facultad de Derecho y un profesor de Facultad de Chari'a;
    - El Decano del Colegio de abogados.
15. El Consejo Superior de la Magistratura está presidido por Su Majestad el Rey conforme a las disposiciones de la Constitución del Reino, está representado por el ministro de Justicia. El Consejo está compuesto por miembros permanentes y miembros electos. Los miembros permanentes son: el 1er Presidente de la Corte Suprema, el Fiscal del rey en dicha Corte y el Presidente de la sala 1ª de la Corte Suprema; en cuanto a los miembros electos, hay seis, de los cuales cuatro son elegidos por los magistrados de los tribunales de 1ª Instancia y dos por los magistrados de los Tribunales de Apelación. El Consejo gestiona los nombramientos, las promociones y las mutaciones y toma las medidas disciplinarias relativas a los magistrados.

Être juge au Maroc et en Espagne.

Systèmes juridiques au Maroc et en Espagne

Le dispositif juridique marocain et sa relation avec la qualification et la formation des magistrats

Mustapha Terrab

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

LE DISPOSITIF JURIDIQUE MAROCAIN ET SA RELATION AVEC LA QUALIFICATION ET LA FORMATION DES MAGISTRATS

Mustapha Terrab

Premier Président de la Cour d'Appel Administrative de Rabat

Il est certain qu'il existe entre le magistrat et le droit une relation dialectique et fonctionnelle en perpétuelle interaction visant à la réalisation de la justice comme objectif suprême. C'est ainsi que le juge, appelé à trancher les litiges qui lui sont soumis, se réfère au droit dans l'analyse et l'évaluation des arguments et des preuves présentés par chacune des parties. Dès lors, son verdict se base sur son appréciation des faits et sur son intime conviction, aboutissant soit à un jugement juste et équitable dans lequel la vérité judiciaire coïncide avec la vérité réelle, ce à quoi aspire tout magistrat, soit à ce que ces deux vérités divergent et dans ce cas le jugement est injuste et inéquitable en raison de l'ignorance de la loi ou d'une mauvaise interprétation des dispositions de celle-ci. C'est l'interaction positive entre le magistrat et la loi qui garantit la justice, favorise le développement économique et assure *la pacification sociale*. Ce rôle vital de la magistrature ne peut se réaliser que s'il est en adéquation avec l'évolution rapide et permanente de la société grâce à une qualification et une formation de base rigoureuse au profit des nouveaux magistrats et une formation continue et une mise à niveau des magistrats en exercice.

C'est l'interaction positive entre le magistrat et la loi qui garantit la justice, favorise le développement économique et assure la *pacification sociale*

La responsabilité du magistrat dans la bonne application de la loi en toute impartialité, avec professionnalisme, indépendance, honnêteté et droiture, nous conduit inéluctablement à nous interroger sur la *qualité de la justice* en tant que source de préoccupation des justiciables et des observateurs aussi bien sur le plan national qu'international. En effet, les vicissitudes que connaît la magistrature dans la majorité des pays du monde, et le Maroc n'en est pas épargné, notamment la lenteur, la complexité des procédures et la médiocrité des jugements, reflètent certainement le rôle social assigné à ce secteur vital, de telle sorte que les justiciables, ou plus précisément *les usagers de la justice,* considèrent que les activités sociales modernes n'ont d'intérêt que si la justice joue pleinement son rôle de catalyseur du développement économique et social de l'Etat moderne, astreint à parier sur la dualité de la justice et de la modernité ; dualité devenue *indispensable*. Ainsi, la qualité qu'exige la justice et que les *médias* ne cessent de revendiquer, est tributaire de la mise en place d'une conception rapide de cette dernière et d'une profonde réflexion sur les moyens de l'améliorer.

La réalisation de cet objectif passe obligatoirement par l'adéquation entre les aspirations des justiciables à une justice rapide et capable satisfaire le nombre important d'affaires soumises aux tribunaux (au Maroc, on enre-

L'intervention du législateur s'avère nécessaire pour élaborer des textes juridiques susceptibles de s'accommoder aux développements rapides de la société

gistre annuellement près de 3 millions d'affaires) d'une part, et, d'autre part, la qualité de la justice, aussi bien quant à la qualité des jugements, principalement en matière de motivation des décisions de justice[1], qu'en ce qui concerne la qualité des prestations fournies en matière d'accueil, de renseignement et d'utilisation des méthodes modernes de suivi des dossiers de manière précise et rapide ; permettant ainsi une satisfaction quantitative et qualitative.

Toutefois, cette adéquation reste difficile à réaliser du fait de l'existence de deux modèles de justice :

- Vun modèle évolué, consistant en une justice prenant tout son temps pour rendre des verdicts justes et efficients, une justice respectueuse des garanties procédurales face à une défense puissante, une justice spécialisée qui intervient avec professionnalisme et émet des jugements de qualité ;
- et un modèle rapide qui traite les affaires qui lui sont soumises dans délais raisonnables mais qui demeure moins respectueux des garanties procédurales et peu regardant sur la qualité des jugements.

En ce sens, l'intervention du législateur s'avère nécessaire pour élaborer des textes juridiques susceptibles de s'accommoder aux développements rapides de la société et capables d'accompagner des méthodes et des programmes évolués qui visent la formation du magistrat et sa qualification en vue d'une meilleure application de ces textes et, partant, à assurer une justice saine, participer au développement économique et contribuer à l'instauration de la paix sociale dans le pays auquel il appartient.

Après cette introduction, nous présenterons quelques régimes juridiques à travers desquels le législateur marocain a essayé d'accompagner les exigences de notre temps et les évolutions sociales et socioculturelles ; nous nous pencherons ensuite sur le système de formation des magistrats à l'Institut Supérieur de la Magistrature dans le cadre de la relation dialectique déjà évoquée entre la justice et le droit.

Le nouveau Code de procédure pénale (CPP)[2]

Il était nécessaire de faire face aux lacunes et aux problèmes engendrés par l'application des textes juridiques et par les réalités sociales marocaines dévoilés par la pratique quotidienne, et qui appelaient des solutions aux problématiques juridiques posées. De même, l'intervention du législateur s'imposait pour adapter la législation interne aux normes supranationales induites par la ratification par le Maroc des conventions internationales, en sus des progrès réalisés dans notre pays en matière de préservation des Droits de l'Homme, de protection des libertés individuelles et collectives et d'instauration de l'Etat de droit.

La réforme du Code de procédure pénale en vue de l'adapter aux exigences du monde moderne a également été dictée par d'autres motifs parmi lesquels :

- La recrudescence du phénomène du crime organisé et l'apparition de nouveaux crimes en rapport avec l'essor scientifique et technique et

avec les conditions sociales et économiques, ont démontré les limites de la procédure pénale et son incapacité à les combattre ;

- L'accroissement du nombre de dossiers soumis aux juridictions pénales, justice collégiale, entraînant une accumulation des affaires, malgré leur simplicité, d'où la réflexion sur la possibilité de soumettre certains affaires au juge unique ;
- Le régime de la juridiction pénale n'inspire plus la confiance de nombreux acteurs et fait l'objet de critiques en raison de la lenteur des procédures et de leur inefficacité ou de l'inefficience des dispositions prises ou de leur insuffisance.

De manière générale, le souci de garantir un procès équitable conforme aux standards internationaux et de préserver les droits des citoyens et de protéger leurs libertés d'une part, et la nécessité de sauvegarder l'intérêt et l'ordre publics d'autre part, ont été les éléments essentiels qui ont suscité la révision du Code de Procédure Pénale promulgué en 1959 ainsi que le Dahir relatif aux dispositions transitoires de 1974 en vue de les adapter à la nouvelle tendance du Maroc vers l'institution d'un Etat de droit, en corrigeant les erreurs dévoilées par 40 ans de pratique judiciaire et en s'inspirant des sources islamiques et des valeurs de la société marocaine tout en préservant les bases jurisprudentielles et les acquis en matière de Droits de l'Homme.

Le souci de garantir un procès équitable conforme aux standards internationaux et de préserver les droits des citoyens et de protéger leurs libertés d'une part, et la nécessité de sauvegarder l'intérêt et l'ordre publics d'autre part, ont été les éléments essentiels qui ont suscité la révision du Code de Procédure Pénale promulgué en 1959

Parmi les principes contenus dans le nouveau Code de Procédure Pénale (CPP), nous pouvons citer :

La présomption d'innocence

L'article premier du CPP stipule que l'innocence est présumée tant que le prévenu ou l'inculpé n'a pas été condamné par un jugement définitif ayant acquis la force de la chose jugée et ce en vertu d'un procès juste et équitable. Si ce principe est considéré comme l'un des droits naturels entérinés par une multitude de conventions internationales relatives aux Droits de l'Homme, sa reprise au niveau du CPP devenait nécessaire pour se conformer aux dispositions de la Constitution, qui stipule dans son préambule que « le Royaume du Maroc souscrit aux principes, droits et obligations découlant des Chartes des organismes internationaux et réaffirme son attachement aux Droits de l'Homme tels qu'ils sont universellement reconnus ».

La consolidation et le renforcement des garanties d'un procès équitable

Le nouveau CPP a tenu à introduire ce principe, consacré par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (art.10) et dont les particularités ont été spécifiées par l'article 14 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques. Il a été en outre, renforcé au niveau du Code par plusieurs garanties, parmi lesquelles :

- L'obligation pour l'Officier de Police Judiciaire (OPJ) de faire appel à un traducteur si le prévenu parle une langue ou un dialecte différent de celui de l'officier, ou de se faire assister par toute personne capable de

communiquer avec l'intéressé s'il est sourd ou muet ;
- La clarification de la procédure de collaboration judiciaire avec les pays étrangers et l'insertion de la procédure d'extradition dans le CPP pour se conformer aux dispositions du droit international ;
- La considération de l'insolvabilité comme cause de non recours à la contrainte par corps et l'augmentation de l'âge minimum pour l'application de cette contrainte de 16 à 18 ans et la diminution de l'âge maximum de 65 à 60 ans.

Le nouveau CPP s'est orienté vers l'élimination immédiate des effets du crime et la préservation de la situation antérieure, de même qu'il a instauré une nouvelle procédure visant le regroupement et la consolidation des liens familiaux et sociaux, en veillant à réconcilier les antagonistes

La mise en place de nouveaux mécanismes de lutte conte le crime et de protection des victimes

Le nouveau CPP s'est orienté vers l'élimination immédiate des effets du crime et la préservation de la situation antérieure, de même qu'il a instauré une nouvelle procédure visant le regroupement et la consolidation des liens familiaux et sociaux, en veillant à réconcilier les antagonistes. La Xème Conférence des Nations Unies sur l'interdiction du crime et le traitement des criminels avait pris cette direction qui a été entérinée par la conférence de Vienne au mois d'avril 2000 lorsqu'elle a recommandé :

- L'adoption de programmes nationaux, régionaux et internationaux de soutien aux victimes de crimes par le recours à la médiation ou à la justice transactionnelle ;
- La fixation de l'année 2002 comme ultimatum pour que les pays révisent leurs pratiques en la matière.

La mise en place de mécanismes alternatifs à la détention provisoire (placement sous surveillance judiciaire)

Le nouveau CPP tente d'introduire certaines dispositions permettant d'exécuter les décisions judiciaires sans recourir à la gestion de la détention provisoire ; procédure critiquée pour des considérations humanitaires et sociales. En effet, le Code de 1959 n'avait prévu aucune mesure alternative de portée humaine, de même que le juge d'instruction ne disposait d'aucune possibilité de substitution efficiente lui garantissant la présence du prévenu aux procédures d'instruction. C'est pour cette raison que le nouveau CPP a prévu le placement sous surveillance judiciaire[3] dont les principales dispositions sont les suivantes :

- Interdiction de quitter la zone territoriale déterminée par le juge d'instruction ;
- Interdiction de fréquenter certains lieux, fixés par le juge d'instruction ;
- Obligation d'informer le juge d'instruction de tout déplacement en dehors des limites fixées ;
- Obligation de se présenter périodiquement devant les services ou les autorités désignées par le juge d'instruction ;
- Interdiction de prendre contact avec des personnes spécialement désignées par le juge d'instruction ;
- Dépôt d'une caution dont le montant est laissé à l'appréciation du juge d'instruction en fonction de la situation financière du prévenu.

Le nouveau Code de la Famille[4] :

Parmi les raisons qui ont présidé à la réforme du Code de la Famille figure la volonté d'améliorer la situation de la femme marocaine, de promouvoir son rôle et de bâtir une société juste et égalitaire.

Dans ce cadre, Sa Majesté le Roi Mohammed VI, dans Son discours du 10 octobre 2003 à l'occasion de l'ouverture de la session législative, avait présenté les grands axes de la réforme en insistant sur les référentiels et les constantes sur lesquels repose le projet, consistant en :

- Le respect des préceptes divins : ne pas interdire ce que Dieu a permis et ne pas autoriser ce que Dieu a prohibé ;
- La prise en compte des objectifs de l'Islam, des valeurs du rite malikite et de la doctrine développée par les Ouléma en vue de promulguer un Code moderne en cohérence avec la religion musulmane ;
- L'élaboration d'un Code régissant toute la famille, et non seulement la situation de la femme et conciliant la revalorisation de la femme, la protection des droits des enfants et la préservation de la dignité de l'homme.

Tout en soumettant le projet de Code de la Famille à l'examen du Parlement, Sa Majesté le Roi a incité le ministre de la Justice à tout mettre en œuvre pour faire aboutir ce projet de la réussite duquel est tributaire la mise en place d'une justice familiale équitable, moderne, efficiente, disposant des qualifications humaines, matérielles et procédurales nécessaires pour permettre la rapidité de jugement et l'activation des procédures d'exécution. Sa Majesté a également insisté sur la nécessité de prévoir des locaux au sein de tous les tribunaux du Royaume pour les juges de la famille et de procéder à la formation et à la qualification des cadres dans ce domaine, leur permettant d'exercer les attributions qui leur seront dévolues. Les grandes options sur lesquelles repose le nouveau Code peuvent être résumées comme suit :

- Mettre la responsabilité familiale sous supervision conjointe des deux époux ;
- Considérer la tutelle matrimoniale comme un droit pour la femme majeure qu'elle peut exercer librement en fonction de ses intérêts ;
- Uniformiser la majorité légale à 18 ans aussi bien pour l'homme que pour la femme ;
- Se conformer au principe musulman de l'équité en matière de polygamie, que le juge ne peut autoriser que si les raisons objectives et exceptionnelles sont avérées et que l'époux dispose de moyens suffisants pour subvenir aux besoins des épouses et de leurs enfants sur un pied d'égalité ;
- Simplifier les formalités de mariage pour les Marocains Résidant à l'Etranger (MRE) en se contentant de la présence de deux témoins musulmans de manière acceptable dans le lieu de résidence et la consignation de l'acte au niveau des services consulaires ou judiciaires marocains ;
- Considérer le divorce comme dissolution du mariage exercé par l'époux et l'épouse, chacun selon ses conditions légitimes et sous contrôle judiciaire, en restreignant le pouvoir de répudiation arbitraire par l'homme ;

Le Royaume s'est doté d'un Code du travail à un moment où le pays tente d'ouvrir des chantiers de mise à niveau économique et sociétal pour répondre aux exigences du développement

- Élargir le droit de la femme à demander le divorce en cas de non respect du mari des clauses de l'acte de mariage ;
- Protéger les droits des enfants tels que reconnus par les conventions internationales ratifiées par le Maroc en concédant la priorité de l'adoption à la mère, puis au père, puis à la grand-mère maternelle et en cas d'impossibilité, le juge peut confier l'adoption au proche le plus apte à préserver les intérêts de l'enfant. La garantie d'un logement décent pour l'enfant adopté étant considérée comme une obligation distincte des autres obligations. Le texte fixe également le délai d'un mois pour statuer dans les affaires relatives aux pensions alimentaires ;
- Préserver le droit de filiation de l'enfant en cas de non enregistrement de l'acte de mariage pour des raisons indépendantes de la volonté de la mère en autorisant le juge à recourir à toutes les voies permettant de prouver la paternité, comme l'expertise médicale ;
- Accorder aux petits enfants le droit d'hériter de leur grand-père qu'il soit maternel ou paternel dans les même conditions suivant les termes du testament obligatoire ;
- La règle de séparation des biens a été maintenue, avec possibilité pour les deux époux de consigner dans un document indépendant de l'acte de mariage un cadre de gestion des ressources acquises pendant le mariage.

Le nouveau Code du travail[5]

- Dans le cadre de la mise à niveau de l'économie nationale, qui occupe une place prépondérante dans les choix économiques du Maroc,
- et dans le souci de promouvoir les petites et moyennes entreprises, en tant que partenaires essentiels dans le tissu économique et comme employeurs principaux de la main d'œuvre en particulier,
- et en préservation du rôle de l'entreprise moderne comme unité économique et sociale bénéficiant du droit de propriété privée qui s'oblige à respecter la dignité de ses salariés et à garantir leurs droits individuels et collectifs,
- et en renforcement des mécanismes de dialogue et de réconciliation lors des procédures de règlement des conflits de travail,
- et en respect des droits et des libertés garanties par la Constitution et par les conventions internationales ratifiées par le Maroc,
- Le Royaume s'est doté d'un Code du travail à un moment où, comme l'a précisé Sa Majesté le Roi Mohammed VI, le pays tente d'ouvrir des chantiers de mise à niveau économique et sociétal pour répondre aux exigences du développement, relever les défis de la mondialisation et de la compétitivité et pour favoriser les investissements nationaux et internationaux en vue d'instaurer une économie moderne et capable d'évoluer.

Nous présenterons dans les développements qui suivent, les principes fondamentaux du nouveau Code du travail ainsi que les objectifs qu'il vise à réaliser[6].

Les principes ayant présidé à la promulgation du Code du travail

- Le respect des Droits de l'Homme tels qu'ils sont universellement reconnus et principalement les droits et libertés garantis par la constitution au monde du travail concernant la liberté de travail et d'exercice syndical ;

- L'observance des conventions internationales conclues sous l'égide de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) et l'Organisation Arabe ratifiées par le Maroc ;
- L'institutionnalisation des négociations collectives et la consolidation des capacités contractuelles des partenaires sociaux ;
- Le renforcement des conditions de travail, l'amélioration de son cadre et la garantie de sécurité et de salubrité dans les lieux de travail ;
- Reconnaissance du droit à la formation continue au profit des salariés pour favoriser la qualification et la promotion ;
- Création des conditions de développement de l'entreprise marocaine et promotion de l'économie marocaine grâce à la modernisation des relations professionnelles pour permettre la stabilité et l'élargissement du marché du travail ;
- Le renforcement des mécanismes de suivi et de contrôle pour favoriser l'application des dispositions de la législation du travail.

Les objectifs que s'est fixé le Code du travail[7]

- Rassembler les textes législatifs relatifs aux rapports de travail dans un seul document facilitant sa consultation et son utilisation par les acteurs économiques et sociaux et par les juristes : magistrats, avocats et chercheurs ;
- Simplifier les normes juridiques qui régissent les relations de travail ;
- Adopter la règle de l'équilibre dans les relations entre employeurs et employés ;
- Renforcer la capacité compétitive des entreprises à travers la création d'un climat favorable à la productivité en consolidant les mécanismes de dialogue et de négociation ;
- Développer et promouvoir le droit contractuel comme cadre d'organisation des droits et obligations et améliorer les conditions de travail par le biais de l'encouragement des conventions collectives de travail ;
- Accorder une importance cruciale au contentieux du travail en élargissant la marge de responsabilité dans la résolution des conflits ;
- Conformer la législation nationale aux conventions de l'OIT, principalement les conventions n° :
  - 138, relative à la fixation de l'âge d'accès au travail,
  - 100, relative à la parité salariale,
  - 98, concernant le droit syndical et la négociation collective,
  - 111, condamnant les disparités salariales et professionnelles,
  - 29, concernant le travail forcé,
  - 105, relative à l'interdiction du travail forcé.

La loi relative à la lutte contre le blanchiment d'argent[8]

Eut égard à l'importance de cette loi et à sa récente promulgation, nous avons décidé de l'intégrer dans cette étude parmi les modèles qui forment le dispositif juridique moderne du pays, comme témoignage des défis que notre pays est appelé à relever dans le domaine de la lutte contre les crimes de blanchiment d'argent qui constituent non seulement un danger pour l'économie nationale mais pour l'économie mondiale toute entière. Selon les estimations du Fonds Monétaire International (FMI), ces opérations représenteraient entre 2 et 5 % du

produit mondial brut ce qui correspondrait à 1.500 milliards de dollars (6 fois le budget de la France).

Le Maroc vise le renforcement des mécanismes de contrôle des flux financiers illégaux déposés auprès des banques, issus des opérations commerciales prohibées

En promulguant cette loi, le Maroc vise le renforcement des mécanismes de contrôle des opérations d'ouverture des comptes et la création d'une structure de traitement des informations et de maîtrise des flux financiers illégaux déposés auprès des banques, issus des opérations commerciales prohibées (trafic de drogue, trafic d'armes, corruption, concussion, abus de pouvoir, détournements de deniers publics, traite et immigration clandestine…).

Devant la recrudescence du crime organisé et le développement de ses méthodes et de ses ramifications à travers des réseaux internationaux, et sous l'effet des grandes mutations mondiales, en particulier la mondialisation et ses répercussions sur l'augmentation du chômage, de la marginalisation et des disparités économiques et sociales, le blanchiment d'argent a trouvé un terrain propice pour gangrener les économies des pays dans différents secteurs relatifs principalement au revenu national, au taux d'inflation et à la valeur de la monnaie nationale, et a accentué les dépenses superflues et les valeurs boursières[9] ; nous exposerons brièvement les conséquences sur chacune de ces variantes :

- *Blanchiment d'argent et revenu national* : la sortie de capitaux illégaux hors du territoire national entraîne une perte pour l'Etat de rentes sociales qui auraient pu renflouer son revenu national entraînant une augmentation du taux de chômage et une dérégulation de l'offre par rapport à la demande ;
- *Blanchiment d'argent et inflation* : les crimes de blanchiment d'argent accentuent le taux d'inflation du fait qu'ils constituent une activité économique parallèle informelle entraînant une augmentation de la demande de consommation de manière anarchique et, partant, une augmentation du niveau général des prix ;
- *Blanchiment d'argent et monnaie nationale* : les liens étroits qui existent entre blanchiment d'argent et fuite des capitaux entraînent inéluctablement l'augmentation de l'offre de la monnaie nationale et l'augmentation des devises étrangères qui servent au transfert illégal des capitaux vers des banques étrangères, provoquant une dévaluation de la monnaie nationale ;
- *Blanchiment d'argent et augmentation des dépenses superflues* : l'introduction illégale de capitaux n'émanant pas d'une véritable force de production entraîne des dépenses ostentatoires et par conséquent une dilapidation irrationnelles de ressources (casinos, dépenses superflues et fastueuses …) ;
- *Blanchiment d'argent et opérations boursières* : le blanchiment d'argent ayant pour objectif la légitimation de revenus illégaux, la Bourse est considérée comme un lieu privilégié pour commettre ce forfait ; la Bourse étant un lieu public d'accès facile. Si en principe l'achat d'actions vise la fructification du capital, les blanchisseurs d'argent préfèrent dans un premier temps perdre une partie de leur capital pour le légitimer avant de se ruer massivement et de loin sur les mêmes actions favorisant une opération fructueuse anormale qui risque de provoquer un crash boursier à l'instar de ce qui s'est passé dans la Bourse de Tokyo dans les années 1980, entraînant un déficit estimé à 300 milliards de dollars, dans lequel la responsabilité des bandes criminelles a joué dans une proportion de 30%[10].

Outre la moralisation de la vie publique, le Maroc vise à travers la promulgation de la loi 05-43 la mise en place d'une stratégie globale permettant la mise à niveau de son économie et l'habilitant à intégrer le marché mondial à travers la zone de libre échange avec l'Union Européenne à l'horizon 2010, conformément à l'accord de partenariat conclu en 1999.

Ce sont là quelques exemples de lois récentes, entrées en vigueur ces dernières années, et qui confirment la volonté du Maroc de poursuivre sa marche vers la démocratie, la protection des Droits de l'Homme, la préservation des libertés individuelles et la consécration des principes de la légalité et de la primauté de la loi. Toutefois, ces dispositifs ne peuvent donner leurs fruits qu'avec l'existence d'une justice compétente et qualifiée capable d'assurer la quiétude des acteurs et, partant, de favoriser le développement économique et social souhaité.

C'est ainsi que la formation des magistrats revêt une importance capitale pouvant lui permettre de jouer un rôle primordial et de donner aux lois une véritable crédibilité en raison de la relation organique qui existe entre le droit et la justice. C'est dans ce sens que nous parlerons de la formation des magistrats au Maroc à travers un bref exposé sur l'Institut Supérieur de la Magistrature (ISM).

Outre la moralisation de la vie publique, le Maroc vise à travers la promulgation de la loi 05-43 la mise en place d'une stratégie globale permettant la mise à niveau de son économie et l'habilitant à intégrer le marché mondial à travers la zone de libre échange avec l'Union Européenne à l'horizon 2010, conformément à l'accord de partenariat conclu en 1999

La formation des magistrats

Le Maroc compte environ 3.200 magistrats dont 20% de femmes, ce taux pouvant atteindre dans certaines juridictions 80%, comme c'est le cas au niveau du tribunal de 1ère Instance de Rabat. Ces magistrats statuent sur près de 3 millions d'affaires inscrites chaque année. La population marocaine comptant près de 32 millions d'habitants, nous estimons qu'il existe un magistrat pour 10.000 habitants, ce qui reflète le faible taux de couverture judiciaire nationale. A titre indicatif, le nombre annuel de nouveaux magistrats ne dépasse guère les 120, ce qui correspond grosso modo au nombre des magistrats partants pour raison de décès, mise à la retraite ou autres, entraînant une stagnation du nombre de magistrats en exercice.

Concernant la formation, l'Institut National des Etudes Judiciaires (INEJ), créé par le Décret du 29 janvier 1970 a été érigé en établissement public doté d'autonomie administrative et financière portant le nom d'« Institut Supérieur de la Magistrature » (ISM) par le Dahir portant sur la loi n° 09 -01 du 3 octobre 2002 ; il est placé sous tutelle de l'Etat pour ce qui concerne ses attributions et le contrôle financier exercé sur les établissements publics. L'ISM exerce les attributions suivantes :

- La formation initiale des attachés de justice à travers l'organisation de cycles de conférences et de stages pratiques permettant l'acquisition des connaissances, des techniques et des règles de déontologie nécessaires à l'exercice de la profession judiciaire ;
- La formation initiale et continue au profit des magistrats par le biais de cycles de formation, de séminaires et de stages à l'intérieur du pays et à l'étranger ;
- La formation initiale et continue au profit des cadres du secrétariat du greffe et des auxiliaires de justice (avocats, experts, notaires …) ;

Les attachés de justice sont recrutés en fonction des besoins des différentes juridictions, à la suite d'un concours ouvert aux candidats retenus après une opération de présélection

Les attachés de justice sont recrutés en fonction des besoins des différentes juridictions, à la suite d'un concours ouvert aux candidats retenus après une opération de présélection. Les candidats doivent :

- Disposer d'un diplôme universitaire délivré par les universités marocaines (bac +4, option droit privé) ou par les facultés de la Chari'a relevant de l'Université Al Karaouiyine. Ceci concerne les magistrats d'ordre judiciaire. Quant aux magistrats des juridictions administratives, ils doivent disposer d'un diplôme universitaire délivré par les universités marocaines (bac +4, option droit public ou sciences économiques) ;
- Être de nationalité marocaine ;
- Jouir des droits civiques et être de bonne moralité ;
- Être âgé de 21 ans révolus et être apte physiquement.

Un arrêté du ministre de la Justice fixe les formalités et les critères de présélection des candidats retenus pour participer au concours des attachés de justice[11]. La commission de présélection, qui est en même temps la commission du concours[12], procède au classement des candidats suivant les conditions énumérées précédemment.

La formation initiale des magistrats

- La formation initiale des attachés de justice consiste à leur permettre d'acquérir les capacités et les techniques d'expression, la connaissance des législations et des jurisprudences nationales et étrangères, et les techniques de rédaction des jugements, ainsi que les règles de déontologie de la profession de juge et de comportement avec les responsables, les collègues, les auxiliaires de justice et les justiciables.
- La formation à l'ISM comporte également des matières principales parmi lesquelles les procédures judiciaires (civile et pénale), la juridiction de la famille, les droits privé, public et commercial, le droit du commerce international, en plus des matières secondaires de traduction, d'informatique et de déontologie de la profession.
- La formation se déroule également sous forme de conférences, tables rondes et ateliers permettant l'échange et la discussion des problématiques juridiques d'intérêt.
- La formation s'étale sur une durée de deux ans, dont une année de formation théorique générale et une année de pratique au sein des juridictions sous la supervision du 1er Président de la Cour d'Appel et du Procureur général près de la même Cour.

La formation continue des magistrats

L'Institut Supérieur de la Magistrature organise des cycles de formation continue au profit des magistrats de tous les grades sous forme de sessions de perfectionnement et d'amélioration des capacités professionnelles, ainsi que de programmes de mise à niveau leur permettant d'acquérir les compétences nécessaires à l'accompagnement des évolutions techniques et professionnelles récentes.

La formation continue s'articule autour des axes suivants :

- La connaissance de la jurisprudence nationale et étrangère ;
- La connaissance des législations nationales et étrangères et de leur réforme ;
- L'accompagnement de la transformation de spécialisation des magistrats et l'apprentissage des exigences des spécialisations de manière générale ;
- L'accompagnement des évolutions économiques et sociales, leur permettant de prendre connaissance des problèmes quotidiens de la société.

Il faut signaler l'existence d'une véritable volonté politique de réforme judiciaire pour renforcer son indépendance

L'examen de fin de formation

Les stages de formation des attachés de justice, aussi bien au niveau de l'institut qu'au sein des juridictions, sont sanctionnés par un examen de fin de formation ; les attachés sont ensuite nommés comme magistrats dans les tribunaux de 1ère Instance par Dahir sur proposition du Conseil Supérieur de la Magistrature[13].

Il faut signaler enfin l'existence d'une véritable volonté politique de réforme judiciaire. Sa Majesté le Roi Mohammed VI a déclaré dans le dernier discours du Trône en date du 30 juillet 2007 que la justice vient en tête des secteurs prioritaires pour la prochaine étape, car elle se situe à la base de l'Etat de droit et de la primauté de la loi et constitue le pilier du développement et de l'encouragement de l'investissement ; c'est pourquoi nous devons tous nous mobiliser pour la réalisation d'une réforme intégrale de la justice pour renforcer son indépendance, dont nous sommes les garants, visant en cela la restauration de la confiance dans la justice et la garantie de la sécurité qui passe obligatoirement par la qualification professionnelle, l'honnêteté et la droiture et par la préservation de l'intégrité de la justice et de sa déontologie et la poursuite de sa modernisation et de sa requalification, aussi bien au niveau de ses structures que sur le plan des ressources humaines, matérielles et juridiques.

Notes

1. En France par exemple, le dernier sondage d'opinion, réalisé en 2003 sur la qualité de la justice auprès d'une large frange de justiciables, a démontré que la qualité des jugements en matière de motivation diffère selon qu'il s'agisse de la justice civile ou de la justice pénale. Si le taux de motivation des jugements est correct en matière civile, il n'en est pas de même pour la justice pénale dont le taux reste en deçà du niveau requis en la matière. Cette remarque s'applique largement aux jugements rendus au Maroc en raison de la prédominance des affaires délictuelles enregistrées en 1ère Instance, en appel et même en cassation, ce qui amenuise la qualité des jugements escomptée.

2. Loi n° 01-22
3. Voir le détail des dispositions relatives au placement sous surveillance judiciaire à l'art. 161 du nouveau CPP
4. Dahir n° 1.04.22 du 3 février 2004 en application de la Loi n° 70.03 portant sur le Code de la Famille, publié au B.O. n° 5184 du 1er février 2004, p.418
5. Dahir n° 1.03.194 du 11 septembre 2003 en application de la Loi n° 99-65 relative au Code du Travail, publié au B.O. n° 5167 du 8 décembre 2003 p. 3969
6. Extraits du discours du ministre du Travail devant la Chambre des Conseillers lors de la présentation du projet de loi n° 99 – 65 relatif au Code du travail – in REMALD n° 155 p.35
7. Extraits du discours du ministre du Travail devant la Chambre des Conseillers lors de la présentation du projet de loi n° 99 – 65 relatif au Code du travail.
8. Dahir n° 1.07.79 du 17 avril 2007 en application de la loi n° 05.43 relative au blanchiment d'argent, publié au B.O. n° 5522 p. 1359 et s.
9. Voire article du Dr. Mohammed Yahya, in REMALD n° 74 p.73
10. Voire article du Dr Mohammed Yahya, in REMALD n° 74 p.77
11. L'arrêté du ministre de la Justice du 23 octobre 2006 a précisé les critères de présélection des candidats au concours des attachés de justice organisé en janvier 2007. Les candidats devaient être titulaires de l'un des diplômes prévus par la réglementation en vigueur et disposer des notes et des appréciations correspondantes dans la limite de 6 fois les postes retenus au concours ; le personnel du secrétariat du greffe ont également été admis à concourir sous réserve de disposer des mêmes diplômes et justifier de 5 ans d'ancienneté, de même que les candidats titulaires du DESA dans les spécialités demandées.
12. La commission de présélection et de concours, désignée par arrêté du ministre de la Justice est composée de :
    - Un président de chambre à la Cour Suprême (CS), comme président ;
    - 3 magistrats de grade de conseillers à la CS minimum ;
    - Le Directeur Général de l'ISM ;
    - Le Directeur des Affaires Civiles au Ministère de la Justice ;
    - Deux professeurs des facultés de Droit et un professeur de la faculté de la Chari'a ;
    - Le bâtonnier de l'ordre des avocats.
13. Le Conseil Supérieur de la Magistrature est présidé par Sa Majesté le Roi conformément aux dispositions de la Constitution du Royaume, il est représenté par le ministre de la Justice. Le Conseil est composé de membres permanents et de membres élus. Les membres permanents sont : le 1er Président de la Cour suprême, le Procureur du Roi auprès de la même Cour, le Président de la 1ère Chambre de la Cour Suprême ; quant aux membres élus ils sont au nombre de 6 parmi lesquels 4 sont élus par les magistrats des tribunaux de 1ère instance et 2 par les magistrats des Cours d'Appel. Le Conseil gère les nominations, les promotions et les mutations et prend les mesures disciplinaires à l'égard des magistrats.

Ser juez en Marruecos y en España.

Sistemas jurídicos en Marruecos y en España

Introducción al sistema jurídico español. La selección y la formación de los jueces. Proyectos de reforma.

Carlos Gómez Martínez

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

INTRODUCCIÓN AL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL. LA SELECCIÓN Y LA FORMACIÓN DE LOS JUECES. PROYECTOS DE REFORMA

Carlos Gómez Martínez

Presidente de la Audiencia Provincial de Baleares.
Ex Director de la Escuela Judicial Española

En un seminario que pretende ser un intercambio de experiencias profesionales entre jueces cualquier introducción al sistema jurídico debe necesariamente abordar la organización judicial y los principios procesales. No se trata de realizar aquí una disertación exhaustiva sobre derecho comparado, sino mas bien de explicar el contexto en el que se desarrolla nuestra labor de jueces.

Una de las particularidades de la organización judicial en España es que, en este primer grado jurisdiccional, la jurisdicción es ejercida por órganos unipersonales

La organización judicial

Dependiendo de la naturaleza de los conflictos que deban resolver, es decir, en función de los asuntos que tratan, los jueces españoles se dividen en cuatro grandes ramas, llamadas "órdenes jurisdiccionales": lo civil, lo penal, lo social y lo contencioso-administrativo. En efecto, en España los jueces encargados de velar por la conformidad de los actos de la Administración a la Ley, pertenecen también al orden judicial, ya que no existe la categoría conocida en ciertos países bajo la denominación de "jueces administrativos". En este sentido, podemos decir que en España todos los jueces son "judiciales".

Desde el punto de vista de la jerarquía, lo que conocemos como grados jurisdiccionales, en España existe la primera instancia, la segunda instancia, que se ocupa de las apelaciones y el Tribunal Supremo, que es competente para decidir sobre ciertos asuntos que son objeto de recurso extraordinario de casación.

Sin embargo, es necesario matizar algunos aspectos de este esquema aparentemente sencillo.

El primer matiz se refiere a la primera instancia: Una de las particularidades de la organización judicial en España es que, en este primer grado jurisdiccional, la jurisdicción es ejercida por órganos unipersonales. No existe un único tribunal en cada ciudad, compuesto por una multiplicidad de jueces, sino que existen diferentes órganos que disponen cada uno de un juez, un secretario y un cierto número de funcionarios, unos diez, adscritos a ese órgano unipersonal. Ello obliga a disponer de un sistema objetivo de repartición de los expedientes que se lleva a cabo cada mañana por sorteo, en presencia de los secretarios y en audiencia pública. Es cierto que algunos asuntos son conocidos, ya en primera instancia,

por un tribunal colegiado. Se trata de los expedientes referidos a asuntos administrativos especialmente complicados o a crímenes. Sin embargo, quien dirige la investigación de los crímenes es un juez de instrucción.

El Consejo General del Poder Judicial no es percibido ni por los jueces ni por la sociedad como un órgano que haya conseguido llevar a cabo su misión fundamental de garantizar la independencia de los jueces

Por otro lado, es necesario subrayar que no todas las materias pueden ser objeto de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, cuya sede se encuentra en Madrid. Cuando un asunto se refiere a cuestiones relativas al derecho propio de una comunidad autónoma la cuestión se debe llevar ante el Tribunal Superior de Justicia de dicha comunidad autónoma. Algunas comunidades autónomas han conservado durante siglos su propio derecho civil y todas tienen un derecho administrativo propio. En consecuencia, si el asunto concierne una de sus normas propias, el Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma se convierte en la última instancia judicial.

El órgano encargado del gobierno de los jueces es el Consejo General del Poder Judicial, previsto en la Constitución Española con el mismo rango que el Parlamento, en tanto que poder legislativo, y que el Gobierno, en tanto que poder ejecutivo. Sólo el Consejo General del Poder Judicial es competente en relación a la selección y la formación los jueces, al régimen disciplinario, la promoción y el nombramiento de los responsables de los tribunales. La Escuela Judicial, el Servicio de Inspección y el Centro de Documentación Judicial dependen del Consejo General del Poder Judicial. La Constitución prevé que doce de sus miembros sean elegidos por los jueces. En un primer momento, los jueces escogían a todos los miembros del Consejo pero ello había provocado que se le acusase de corporativismo. Posteriormente, los miembros del Consejo General del Poder Judicial pasaron a ser nombrados por el Parlamento y ello conllevó que se criticara su excesiva politización. Finalmente, hoy en día, los doce jueces miembros del consejo son elegidos por un mínimo de tres quintos del Parlamento, en base a una lista previamente votada por las asociaciones de jueces y por los jueces independientes, que deben proponer tres nombres para cada puesto.

A pesar de las enormes expectativas que pesan sobre dicho órgano constitucional, podemos afirmar, veintisiete años después de su creación, que el Consejo General del Poder Judicial no es percibido ni por los jueces ni por la sociedad como un órgano que haya conseguido llevar a cabo su misión fundamental de garantizar la independencia de los jueces. A menudo se discute sobre la necesidad de reformar esta importante institución que gobierna los cuatro mil quinientos jueces que hay en España.

Por su parte, es el Ministerio de Justicia del gobierno central o, en su caso, del gobierno de las comunidades autónomas, y no el Consejo General del Poder Judicial quien se encarga de los funcionarios y de los medios materiales de la justicia, de aquello que conocemos hoy día como "la administración de la administración de justicia".

El proceso penal

España es uno de los países europeos donde todavía subsiste el juez de instrucción. Sin embargo, el principio acusatorio rige la fase plenaria así como, cada vez más, la instrucción, hasta el punto de que el juez ins-

tructor no puede decretar la prisión si dicha medida no ha sido solicitada por el fiscal o por la acusación privada.

El actual ministro de justicia ha anunciado su intención de atribuir toda la instrucción al fiscal de manera que el principio acusatorio seria definitivamente instaurado en todas las fases del proceso penal. Este proyecto a suscitado numerosas críticas dado que los fiscales dependen, en última instancia, del Fiscal General quien, a su vez, es nombrado por el gobierno. Si la instrucción pasara a manos de los fiscales, la independencia de la investigación criminal podría ser puesta en duda. En todo caso, esta pérdida de independencia se vería moderada por la acción popular, que la Constitución reconoce a cada ciudadano, permitiéndole ejercer la acusación para todo tipo de ilícito penal.

En 1995 el jurado fue introducido para una serie de delitos graves. Se trata de un jurado "puro" al modo anglosajón, que debe pronunciarse sobre los hechos pero con un cierto nivel, ciertamente elemental, de motivación. Ello deriva de la exigencia de motivación que prevé la Constitución para toda decisión judicial.

Uno de los principales problemas que presenta el proceso penal es la inexistencia de apelación para los crímenes graves, que son juzgados en primera instancia por un tribunal provincial colegiado y que sólo pueden ser posteriormente objeto de recurso de casación, que, como ya sabemos, es un medio extraordinario que no permite revisar totalmente la primera instancia. Por esta cuestión, la Comisión de Derechos Fundamentales de la ONU a condenado a España. De unos años a esta parte se viene planteando la posibilidad de reformar el proceso penal de cara a instaurar una apelación generalizada.

Uno de los principales problemas que presenta el proceso penal es la inexistencia de apelación para los crímenes graves, que son juzgados en primera instancia por un tribunal provincial colegiado y que sólo pueden ser posteriormente objeto de recurso de casación

El proceso civil

A diferencia del proceso penal, que está regulado por una ley de 1882 y que, por supuesto, ha sido objeto de múltiples reformas, sobretodo a partir de la Constitución de 1978, el proceso civil ha sido renovado por completo con la entrada en vigor de una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en 2001.

Las novedades mas destacadas de este texto son:

1. La primera instancia civil es totalmente oral. Las audiencias se graban con medios audiovisuales. En cambio, la apelación se realiza únicamente por escrito.
2. La adopción de un sistema de ejecución provisional generalizada de las sentencias de primera instancia, concebida como un derecho del acreedor. El deudor solo puede oponérsele mediante el pago de una finaza.
3. La introducción de un proceso monitorio para los créditos de hasta 300.000€.
4. El refuerzo de la ejecución de las sentencias mediante mecanismos como las multas o la declaración de bienes, a la cual el deudor puede ser obligado.
5. La reducción de las sentencias dictadas en apelación que pueden ser objeto de un recurso de casación.

El juez y la Constitución

La Constitución de 1978 ha transformado la organización judicial tal y como había sido heredada del pasado. Los derechos fundamentales dejan de ser simples valores proclamados por un texto normativo para convertirse en derechos subjetivos reales, exigibles por los ciudadanos ante el juez

La Constitución de 1978 ha transformado la organización judicial tal y como había sido heredada del pasado. Desde su promulgación, la Constitución ha sido la fuente de reformas judiciales muy importantes, pero, sobretodo, ha modificado el papel del juez en los siguientes aspectos:

1. Los derechos fundamentales dejan de ser simples valores proclamados por un texto normativo para convertirse en derechos subjetivos reales, exigibles por los ciudadanos ante el juez. Es lo que se conoce como el principio de aplicación directa de la Constitución.
2. El juez juega un papel activo en la realización de los derechos fundamentales proclamados en la parte dogmática de la Constitución, lo que le confiere la responsabilidad de suprimir los obstáculos que pudieran impedir la efectividad de dichos derechos. A eso se le denomina el principio de efectividad de los derechos fundamentales.
3. El Tribunal Constitucional, que no forma parte del poder judicial y que es nombrado por el Parlamento, el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial, controla la conformidad de las leyes a la Constitución. Tiene, pues, un poder legislativo negativo, ya que puede anular una ley. Los jueces participan en esta tarea puesto que pueden interponer una cuestión de inconstitucionalidad sobre una ley si consideran que una norma con rango de ley que deben aplicar podría ser contraria a la Constitución. El juez solicita al Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre la constitucionalidad de una ley. De este modo, el poder de los jueces aumenta, pero también su vínculo con la ley, que deben aplicar en todos los casos salvo cuando aprecien que ésta podría ser contraria a la Constitución.

La selección y la formación de los jueces

Para ser juez es necesario haber concluido los estudios universitarios de Derecho y aprobar una oposición libre.

Cada año se organizan las pruebas de admisión a la Escuela Judicial, a las cuales se presentan unos 3.000 candidatos para cubrir 150 plazas.

Los candidatos a la oposición libre deben aprobar varias pruebas públicas con carácter eliminatorio a partir de un amplio temario que comprende las distintas disciplinas jurídicas, tanto sustanciales como procesales.

La oposición es la misma para jueces y fiscales. Una vez superadas las distintas pruebas, los candidatos escogen la carrera judicial o la carrera fiscal, en función de la nota obtenida. A partir de ese momento, las carreras se dividen: las escuelas son distintas y no es posible cambiar de juez a fiscal o viceversa.

Los candidatos que han aprobado la oposición y que han podido escoger la carrera judicial acceden a la Escuela Judicial, en Barcelona, como jueces en prácticas.

El período de formación inicial dura 15 meses. Los primeros 9 meses se desarrollan en Barcelona, donde los objetivos de la enseñanza son completar los conocimientos adquiridos durante la oposición desde un punto de vista práctico, estimular la percepción y la individualización de los problemas jurídicos que se les puedan presentar y enseñar a motivar de forma suficiente las decisiones tomadas por el juez, en un leguaje claro, sencillo y comprensible.

Se utiliza el "método del caso práctico", lo cual implica que las actividades pedagógicas se llevan a cabo en clases con un pequeño número de alumnos (con un máximo de 25 alumnos por profesor) trabajando a partir de fotocopias de expedientes reales, que los alumnos estudian bajo la orientación de un profesor, generalmente un juez con mas de diez años de experiencia.

Únicamente de forma puntual ciertas actividades se desarrollan en base a otros métodos, como los "cuestionarios" en los cursos especiales o con formatos mas tradicionales (conferencias, discusiones-debates, mesas redondas, etc…).

Las "simulaciones" de juicios de faltas, de comparecencias u otros actos en el marco de los procesos civiles, con la participación de abogados, constituyen otras de las actividades pedagógicas habituales.

Durante el primer año de formación inicial, la enseñanza de las materias ordinarias se completa con estancias en prácticas en diversas instituciones como la prisión, la policía científica, despachos de abogados o en la fiscalía.

Durante estas prácticas en medios tan diversos, más de 400 profesionales colaboran con la Escuela Judicial como coordinadores o directores de prácticas.

Los objetivos del segundo periodo de formación inicial, de práctica en sede jurisdiccional, consisten en adquirir la práctica necesaria para ejercer la función jurisdiccional mediante la realización de tareas en tanto que juez adjunto, ejerciendo funciones de apoyo y de colaboración con el juez titular, así como redactando borradores o proyectos de sentencia que el juez puede aceptar con las modificaciones que estime pertinentes.

Para alcanzar estos objetivos, la figura del juez tutor reviste una especial importancia, ya que es él quien se encargará de guiar la inserción de los nuevos jueces en este medio profesional.

Al final del periodo de formación inicial, los jueces reciben una nota que se sumará a aquella obtenida en las oposiciones para calcular la media.

Una vez concluido con éxito el ciclo teórico y práctico de selección y formación en la Escuela Judicial, los candidatos acceden a la profesión y al grado de Juez, y son destinados a los tribunales unipersonales de primera instancia y de instrucción de todo el país, según sus preferencias y en función de su clasificación final.

Los objetivos de la enseñanza son completar los conocimientos adquiridos durante la oposición desde un punto de vista práctico, estimular la percepción y la individualización de los problemas jurídicos que se les puedan presentar y enseñar a motivar de forma suficiente las decisiones tomadas por el juez, en un leguaje claro, sencillo y comprensible

La característica principal de todo este sistema es la dificultad de las oposiciones de acceso

La característica principal de todo este sistema es la dificultad de las oposiciones de acceso. Después de haber terminado sus estudios universitarios, los aspirantes preparan el examen durante una media de cuatro años. Además, la memoria juega un papel demasiado importante en dicho examen. Es por ello que a veces se habla de reformar el sistema mediante la inclusión en el concurso de una prueba escrita que permita apreciar la capacidad de análisis y la madurez del candidato.

La creación del Espacio Europeo de Educación Superior a través de la Declaración de Bolonia, que debería entrar en vigor en 2010, implicará, probablemente, cambios en la organización del concurso de acceso a la Escuela Judicial.

Être juge au Maroc et en Espagne.

Systèmes juridiques au Maroc et en Espagne

Introduction au système juridique de l'Espagne. Sélection et formation des juges. Projets de reforme

Carlos Gómez Martínez

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

INTRODUCTION AU SYSTÈME JURIDIQUE DE L'ESPAGNE . SÉLECTION ET FORMATION DES JUGES. PROJETS DE RÉFORME

Carlos Gómez Martínez

Président de la Cour d'Appel des Baléares.
Ancien Directeur de l'Ecole Judiciaire Espagnole

Dans un séminaire qui doit être le lieu d'un échange d'expériences professionnelles entre juges, l'introduction au système juridique doit inclure une approche de l'organisation judiciaire et des principes de procédure. Il ne s'agit pas de faire un exposé exhaustif de droit comparé mais d'expliquer le contexte dans lequel se déroule notre métier de juges.

L'organisation judiciaire

Selon la nature des conflits qu'ils doivent résoudre, c'est-à-dire, en fonction de la matière dont ils traitent, les juges espagnols sont divisés en quatre grandes branches qu'on appelle « ordres judiciaires » : le civil, le pénal, le social et l'administratif. En effet, en Espagne, les juges dont la fonction est de veiller à la conformité à la loi des actes de l'administration appartiennent également à l'ordre judiciaire, puisque n'existe pas la catégorie qui est connue dans certains pays sous l'appellation « juges administratifs ». En ce sens, on peut dire qu'en Espagne tous les juges sont « judiciaires ».

Concernant la hiérarchie, ou ce que l'on appelle les degrés juridictionnels, il existe en Espagne la première instance, la deuxième instance, qui connaît des appels, et la Cour Suprême, qui est compétente pour décider de certaines affaires frappées du recours extraordinaire de cassation.

Mais ce schéma simple doit faire l'objet de plusieurs nuances.

La première concerne la première instance : une particularité de l'organisation judiciaire en Espagne est que la juridiction est, en ce premier degré juridictionnel, exercée par des organes unipersonnels. Il n'existe pas un tribunal dans chaque ville avec une multiplicité de juges qui y travaillent, mais différents organes avec chacun son juge, son greffier, et un numéro de fonctionnaires, environ dix, qui y sont affectés. Cela oblige à disposer d'un système objectif pour la répartition des dossiers qui se fait chaque matin, en présence des greffiers et en audience publique, par une méthode de tirage au sort. Certaines affaires sont tout de même connues en première instance par un tribunal en formation collégiale. Il s'agit de dossiers ayant pour objet des matières administratives particulièrement compliquées ou des crimes. Cependant, l'investigation des crimes est dirigée par un juge d'instruction.

Une particularité de l'organisation judiciaire en Espagne est que la juridiction est, en ce premier degré juridictionnel, exercée par des organes unipersonnels

Le Conseil général du pouvoir judiciaire n'est perçu ni par les juges ni par la société comme ayant réussi sa tâche fondamentale de garantir l'indépendance des juges

Par ailleurs, il faut souligner que toutes les matières ne vont pas en cassation à la Cour Suprême siégeant à Madrid. Quand l'affaire porte sur des questions de droit propre à la communauté autonome, c'est le tribunal supérieur de cette communauté qui doit être saisi. Certaines communautés autonomes ont gardé leur propre droit civil au long des siècles, et toutes les communautés autonomes ont un droit administratif propre. En conséquence, si la matière touche une de ces normes propres, le tribunal supérieur de la communauté autonome devient la dernière instance judiciaire.

L'organe qui est en charge du gouvernement des juges est le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire, prévu par la Constitution au même rang que le Parlement – comme pouvoir législatif – et le Gouvernement – comme pouvoir exécutif. Le Conseil général du pouvoir judiciaire est le seul compétent pour la sélection et formation des juges, le régime disciplinaire et la promotion et nomination des responsables des tribunaux. L'École Judiciaire, le Service d'Inspection et le Centre de Documentation Judiciaire dépendent du Conseil Général du Pouvoir Judiciaire. La Constitution prévoit que douze de ses vingt membres soient nommés par les juges. Autrefois, tous étaient directement choisis par les juges et le Conseil était accusé de corporatisme. Dans un second temps, ils furent nommés par le Parlement, et le Conseil fut accusé de politisation. Aujourd'hui, les douze membres juges du Conseil sont choisis par les trois cinquièmes des membres du Parlement, mais sur une liste votée par les associations de juges et par les juges indépendants, qui doivent proposer trois noms pour chaque poste.

Malgré les hautes expectatives qui pèsent sur cet organe constitutionnel, on peut dire, vingt-sept ans après sa création, que le Conseil général du pouvoir judiciaire n'est perçu ni par les juges ni par la société comme ayant réussi sa tâche fondamentale de garantir l'indépendance des juges. On parle souvent du besoin de réformer cette importante institution qui gouverne les quatre mille cinq-cents juges d'Espagne.

Face au Conseil Général du Pouvoir Judiciaire, le Ministère de la Justice du gouvernement central ou, le cas échéant, du gouvernement des communautés autonomes, est en charge des fonctionnaires et des moyens matériaux de la justice, de ce que l'on appelle maintenant « l'administration de l'administration de la justice ».

La procédure pénale

L'Espagne est l'un des pays européens où le juge d'instruction subsiste encore. Cependant le principe accusatoire régit la phase plénière ainsi que, de plus en plus, l'instruction, au point que le juge d'instruction ne peut pas décider la prison si cette mesure n'a pas été demandée par le procureur ou par l'accusation privée.

L'actuel ministre de la Justice a annoncé son intention d'attribuer l'entière instruction au procureur, de telle manière que le principe accusatoire serait définitivement instauré dans toutes les phases de la procédure pénale. Ce projet soulève des critiques, étant donné que les procureurs dépendent, finalement, du Procureur général qui, à son tour, est nommé par le gouvernement. Si l'instruction passe aux mains des procureurs,

l'indépendance de l'investigation criminelle pourrait être mise en cause. Dans tous les cas, cette perte d'indépendance resterait toujours modérée par l'action populaire reconnue par la Constitution à tout citoyen, et qui peut être exercée pour toute sorte de faute pénale.

En 1995 le jury a été introduit pour certains types de crimes graves. Il s'agit d'un jury « pur » à la manière anglo-saxonne, qui doit statuer sur les faits mais avec un niveau certes élémentaire de motivation. C'est la conséquence de l'exigence de motivation prévue dans la Constitution pour tout arrêt judiciaire.

Un des problèmes importants que présente la procédure pénale est l'inexistence d'appel pour les crimes graves, qui sont jugés en première instance par un tribunal provincial collégial et ne peuvent après-coup être l'objet que d'un recours en cassation, qui, comme on le sait, est un moyen extraordinaire qui ne permet pas la révision entière de la première instance. A cause de cette question, l'Espagne a été condamnée par la Commission de Droits Fondamentaux de l'ONU. Une réforme de la procédure pénale pour l'instauration d'un appel généralisé est envisagée depuis quelques années.

Un des problèmes importants que présente la procédure pénale est l'inexistence d'appel pour les crimes graves, qui sont jugés en première instance par un tribunal provincial collégial et ne peuvent après-coup être l'objet que d'un recours en cassation

La procédure civile

Au contraire de la procédure pénale, qui est réglée par une loi de 1882, et qui, bien sûr, a fait l'objet d'importantes réformes, en particulier après la Constitution de 1978, la procédure civile a été entièrement renouvelée : en effet, une nouvelle loi de procédure civile est entrée en vigueur en 2001.

Les nouveautés les plus importantes sont :

1. La première instance civile est entièrement orale. Les audiences sont enregistrées par des appareils pour la reproduction du son et de l'image. Par contre, l'appel est entièrement écrit.
2. L'adoption d'un système d'exécution provisoire généralisée des jugements de première instance. Elle est conçue comme un droit du créditeur. Le débiteur ne peut s'y opposer que s'il constitue une caution.
3. L'introduction de la procédure de l'injonction de payer pour les crédits allant jusqu'à 300.000€.
4. Le renforcement de l'exécution des jugements à travers des mécanismes comme les astreintes ou la déclaration de biens, à laquelle on peut obliger le débiteur.
5. La réduction des jugements d'appel qui peuvent faire l'objet d'un recours en cassation.

Le juge et la Constitution

La Constitution de 1978 a transformé l'organisation judiciaire telle qu'on l'avait héritée du passé. Dès sa promulgation, la Constitution a été à la source d'importantes réformes judiciaires, mais elle a avant tout modifié le rôle du juge dans les sens suivants :

La Constitution de 1978 a transformé l'organisation judiciaire telle qu'on l'avait héritée du passé. Les droits fondamentaux ne seront plus seulement des valeurs proclamées dans un texte normatif, mais de vrais droits subjectifs exigibles par les citoyens devant le juge

1. Les droits fondamentaux ne seront plus seulement des valeurs proclamées dans un texte normatif, mais de vrais droits subjectifs exigibles par les citoyens devant le juge. C'est ce que l'on appelle le principe d'application directe de la Constitution.
2. Le juge joue un rôle actif dans la réalisation des droits fondamentaux proclamés par la partie dogmatique de la Constitution, qui lui donne la responsabilité de supprimer les obstacles s'opposant à l'effectivité de ces droits. C'est ce que l'on appelle le principe d'effectivité des droits fondamentaux.
3. Le Tribunal Constitutionnel, qui n'appartient pas au pouvoir judiciaire et qui est nommé par le Parlement, le Gouvernement et le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire, contrôle la conformité des lois à la Constitution. Il a donc un pouvoir législatif négatif, étant donné qu'il peut annuler une loi. Les juges participent à cette tâche car ils peuvent soulever la question de l'inconstitutionnalité d'une loi s'il leur semble que l'une des normes au rang de loi qu'ils doivent appliquer pourrait être contraire à la Constitution. Le juge demande à la Cour Constitutionnelle de statuer sur la constitutionalité d'une loi. De cette manière les juges voient augmenter leur pouvoir, mais aussi leur attachement à la loi, qu'ils doivent appliquer dans tous les cas, sauf s'ils apprécient qu'elle pourrait être contraire à la Constitution.

Sélection et formation des juges

Pour devenir juge, il faut avoir achevé les études universitaires de droit et passer un concours libre.

Des épreuves d'admission sont organisées chaque année afin de pourvoir quelque 150 places d'élèves de l'École judiciaire. Chaque année, plus de 3.000 candidats participent aux épreuves d'admission à l'École judiciaire.

Les candidats au concours libre doivent réussir diverses épreuves publiques de caractère éliminatoire sur la base d'un programme étendu qui comprend les différentes disciplines juridiques, tant substantielles que procédurales.

Le concours est commun aux juges et aux procureurs. Après les épreuves, les candidats choisissent la carrière judiciaire ou la carrière de procureur public, selon leur note. Par la suite, les deux cursus se distinguent l'un de l'autre : les écoles sont différentes, et il n'y a pas possibilité de changer de juge à procureur ou vice-versa.

Les candidats admis au concours et ayant pu choisir la carrière judiciaire intègrent l'École Judiciaire à Barcelone, en qualité de juges stagiaires.

La période de formation initiale est de 15 mois. Les premiers 9 mois se déroulent à Barcelone, où l'enseignement a pour objectifs de compléter, depuis une perspective pratique, les connaissances acquises à l'occasion du concours, de stimuler la perception et l'individualisation des problèmes juridiques posés et d'apprendre à motiver suffisamment les décisions prises par le juge, dans un langage clair, simple et compréhensible.

On utilise la "méthode des cas" qui suppose que les activités d'enseignement se déroulent par classes comprenant un nombre réduit d'élèves (rapport maximum de 25 élèves par professeur) qui se penchent sur des dossiers photocopiés de dossiers réels et les étudient avec la surveillance du professeur, en général un juge ayant plus de dix ans d'expérience.

Ce n'est que ponctuellement que certaines activités spécifiques ont lieu suivant d'autres méthodes, comme c'est le cas avec les "questionnaires" dans les cours spéciaux, ou avec des formats plus traditionnels (conférences, discussions-débats, tables rondes, etc.)

Les "simulations" d'audiences de procès pour contraventions, de comparutions ou d'autres actes dans le cadre de procédures civiles, avec la participation d'avocats, constituent également des activités d'enseignement habituelles.

Pendant la première année de la formation initiale, l'enseignement des matières ordinaires est complété par des stages courts auprès de différentes institutions, comme la prison, la police scientifique, les cabinets d'avocat ou le bureau du procureur.

Pendant les stages dans ces différents milieux, plus de 400 professionnels collaborent avec l'École judiciaire en qualité de coordinateurs ou de directeurs de stage.

Les objectifs de la deuxième période de la formation initiale, celle de pratique en juridiction, sont d'acquérir la pratique nécessaire à l'exercice de la fonction juridictionnelle par la réalisation de tâches réalisées en qualité de juge adjoint exerçant des fonctions d'appui et de collaboration avec le juge titulaire ainsi que par la rédaction d'esquisses ou de projets de décisions que le juge pourra, le cas échéant, accepter avec les modifications qu'il estimera utiles.

Pour atteindre ces objectifs, la figure du juge tuteur devient importante car ce sera lui qui se chargera de guider l'insertion du nouveau juge dans le milieu professionnel.

A la fin de la période de formation initiale, les juges reçoivent une note qui formera une moyenne avec celle obtenue lors du concours d'accès.

Après avoir terminé avec succès le cycle théorique et pratique de sélection et de formation de l'École Judiciaire, les candidats accèdent à la profession et au grade de Juge et sont affectés aux tribunaux unipersonnels de première instance et d'instruction de tout le pays, qu'ils peuvent choisir suivant leur positionnement dans le classement final.

La caractéristique la plus notable de tout ce système est la difficulté du concours d'accès. Après avoir fini leurs études universitaires, les aspirants préparent l'examen pendant une période de quatre ans en moyenne. De plus, la mémoire y joue un rôle beaucoup trop important. C'est pour cela que l'on parle de temps à autre de réformer le système de manière à ce que l'on puisse inclure dans le concours une épreuve écrite qui permettrait d'apprécier la capacité d'analyse et la maturité du candidat.

L'enseignement a pour objectifs de compléter, depuis une perspective pratique, les connaissances acquises à l'occasion du concours, de stimuler la perception et l'individualisation des problèmes juridiques posés et d'apprendre à motiver suffisamment les décisions prises par le juge, dans un langage clair, simple et compréhensible

La création de l'Espace Européen de l'Enseignement Supérieur par la Déclaration de Bologne, qui doit entrer en vigueur en 2010, impliquera probablement des changements dans l'organisation du concours d'accès à l'Ecole Judiciaire.

Ser juez en Marruecos y en España.

Verdad material y garantías en el proceso civil y penal

Las garantías legales en los procesos judiciales

Abdelmjid Rhomija

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

Abdelmjid Rhomija

Director de Estudios, Cooperación y Modernización.
Ministerio de Justicia, Rabat

Antes de empezar, me gustaría mostrar todo mi agradecimiento hacia el profesor Nour Eddine Affaya, así como a los representantes de la Fundación CIDOB por haberme invitado a participar en un encuentro científico de esta envergadura. Y felicito también a los organizadores por la elección de un tema de especial actualidad: la justicia.

En este sentido, me gustaría poner de relieve la enorme importancia que nuestro país otorga a la cuestión de la justicia. Una importancia que se ha visto de nuevo reflejada en el discurso real pronunciado el viernes pasado (12 de octubre de 2007) por Su Majestad el Rey ante el parlamento. En este discurso, el soberano ha anunciado la preparación de un estatuto nacional sobre la justicia que permita reforzar las garantías legales de los ciudadanos.

Su Majestad el Rey ha anunciado la preparación de un estatuto nacional sobre la justicia que permita reforzar las garantías legales de los ciudadanos

Las garantías legales en los procesos judiciales

La expresión "garantías legales de los procesos judiciales" designa los instrumentos y los medios jurídicos establecidos por el legislador para acompañar cada una de las etapas de los procesos judiciales, desde su inició hasta su conclusión, tanto en el ámbito civil como en el penal.

El alcance de estas garantías se ha visto ampliado estos últimos años y concierne, hoy en día, diferentes aspectos relacionados principalmente con el derecho de acceso a la justicia, la transparencia de los procesos judiciales, la protección del derecho de defensa y el respeto a los principios del proceso justo.

La noción de garantías legales en relación con el proceso judicial se ha ampliado igualmente para abarcar el derecho de acceso a la información jurídica y judicial, lo cual permite la vulgarización del contenido de las reglas jurídicas. La ampliación de este concepto también concierne el derecho a la transparencia del proceso y el fortalecimiento del papel de la defensa en cada una de sus fases, además de la simplificación de los procedimientos así como el tratamiento de los asuntos en un plazo razonable.

Lo que estas garantías legales expresan en realidad es el respeto a un aspecto esencial de los Derechos Humanos que se refiere al desarrollo de un proceso equitativo, tanto para los asuntos civiles como para los asuntos penales

Lo que estas garantías legales expresan en realidad es el respeto a un aspecto esencial de los Derechos Humanos que se refiere al desarrollo de un proceso equitativo, tanto para los asuntos civiles como para los asuntos penales, y del mismo modo ante instancias judiciales en el sentido clásico como ante instancias arbítrales o ante autoridades administrativas independientes.

Teniendo en cuenta la globalización en la que se enmarcan estas garantías, la atención que se les presta ha ido más allá del mero aspecto coyuntural relativo a la acción civil o penal, para llegar a la consagración de un entorno jurídico global capaz de garantizar la seguridad jurídica de una manera general.

Teniendo esto en cuenta, las garantías legales pueden ser tratadas a través de tres ejes:

- Los principios generales,
- su campo de aplicación en relación con la acción civil, y finalmente
- la acción pública en materia penal.

En primer lugar, los principios generales de garantía de los procesos judiciales

El derecho de acceso a la justicia es un derecho consagrado por los pactos internacionales, garantizado por las constituciones nacionales, sostenido y asegurado por la justicia.

El ejercicio de este derecho, necesita que se den un conjunto de condiciones primordiales que constituyen el fundamento de todo el sistema judicial. Estas condiciones representan, de hecho, la base de las garantías de los procesos judiciales.

Estos principios generales de garantía en el proceso son característicos de todos los sistemas judiciales. En el marco del sistema marroquí, sus características son las siguientes:

1. *La independencia de la justicia*
   El principio de independencia de la justicia es un principio constitucional. Dicho principio a sido definido por Su Majestad Mohammed VI, presidente del Consejo Superior de la Magistratura, en una de sus alocuciones como un derecho concedido al justiciable y no un privilegio concedido al juez. Resulta importante señalar aquí que el principio de independencia de la justicia está estrechamente ligado a otros principios básicos tales como el principio de imparcialidad, el de neutralidad y el de honestidad.

2. *La unidad del sistema judicial*
   Marruecos se caracteriza por la adopción del principio de unidad de la justicia, lo que significa que nuestro país no ha optado por la dualidad de los sistemas administrativo y judicial, aplicada en países tales como Francia, Egipto, etc.

Disponemos, por supuesto, de un Tribunal Supremo, que constituye una jurisdicción de derecho y que se encuentra en la cima de la pirámide judicial. En la base de dicha pirámide, se encuentran las jurisdicciones de derecho común (jurisdicciones comunales y de distrito[1], los tribunales de primera instancia y los tribunales de apelación[2]), las jurisdicciones administrativas (los tribunales administrativos y los tribunales administrativos de apelación) y las jurisdicciones mercantiles (los tribunales mercantiles y los tribunales mercantiles de apelación[3]). La institución de un alto tribunal contribuirá sin duda a asegurar una unificación de las soluciones jurídicas, lo cual constituye un elemento fundamental de cara a salvaguardar las garantías de los justiciables.

3. *El principio de especialización*
   El fundamento de este principio reside en la especialización de las jurisdicciones y de los magistrados en determinados asuntos: este principio se ha plasmado en la práctica a través de la creación de jurisdicciones administrativas y de jurisdicciones mercantiles.
   ¿Cuál es el valor añadido de la especialización judicial?
   Aquí podría citar, sin carácter exclusivo, dos elementos fundamentales:
   - la mejora del nivel y de la calidad de las sentencias;
   - la unificación de las soluciones judiciales.

   Ello constituye una garantía importante para los justiciables y para el buen desarrollo de la justicia en un sentido amplio.

4. *El juez único y la colegialidad*
   La reforma de 1974 instauró el principio del juez único en los tribunales de primera instancia. En 1993, sin embargo, se volvió al sistema colegial para ciertos litigios y, de este modo, el sistema de juez único ha quedado limitado a los asuntos menores.

5. *El respeto al derecho de defensa*
   Este principio está consagrado tanto por el Código Procesal Civil, como por el Código Procesal Penal o incluso la ley sobre la profesión de abogado. El legislador ha establecido sanciones en caso de vulneración de este derecho. Y como garantía suplementaria se considera que los abogados forman parte del cuerpo judicial.

6. *El doble grado de jurisdicción*
   Existen dos niveles para tratar un asunto:
   - La primera instancia
   - y después la apelación

   Incluso para los asuntos penales se ha establecido la posibilidad de apelar las sentencias dictadas en primera instancia, lo cual no era posible con el antiguo Código Procesal Penal.
   Del mismo modo, las sentencias dictadas por los tribunales administrativos pueden ser objeto de apelación ante los tribunales administrativos de apelación cuando, de hecho, antes solo cabía apelar ante la sala de lo contencioso-administrativo del tribunal supremo, lo cual impedía todo recurso de casación.
   Conviene señalar que una reflexión profunda tiende a la creación de un Consejo de Estado que constituiría la cúspide de la pirámide de la justicia administrativa; de este modo se instalará definitivamente la dualidad de jurisdicción en el sistema judicial marroquí.

Conviene señalar que una reflexión profunda tiende a la creación de un Consejo de Estado que constituiría la cúspide de la pirámide de la justicia administrativa; de este modo se instalará definitivamente la dualidad de jurisdicción en el sistema judicial marroquí

En principio, los derechos se tienen y las obligaciones son ejecutables de buena fe y sin necesidad de litigio, pero en caso de disputa el proceso continua siendo el mejor medio para acudir a la justicia

7. *La selección de magistrados a través de la organización de un concurso-oposición*
   Los magistrados son seleccionados de entre los licenciados en derecho especializados en derecho privado, dando, por supuesto, una cierta prioridad a los candidatos que hayan obtenido un Diploma de Estudios Superiores.
   Los candidatos seleccionados deben superar un concurso-oposición y realizan, en el caso de haberlo aprobado, unas prácticas de formación de dos años en el Instituto Superior de la Magistratura.
   Esta institución ha experimentado una reestructuración profunda que debería permitirle cumplir plenamente con su misión formativa, tanto inicial como continua y que se dirige tanto a los magistrados como a los auxiliares de justicia[4].
   No es necesario recordar aquí que la formación de los magistrados y de los diferentes actores que intervienen en el ámbito judicial constituye una garantía legal de gran envergadura. Tanto la formación inicial como la formación continua garantizan sentencias de gran calidad.
   Es necesario subrayar que los jueces de las jurisdicciones comunales y de distrito son elegidos por un colegio electoral limitado.

8. *La reglamentación de las profesiones judiciales*
   Estas profesiones están reguladas por leyes específicas, tales como la ley sobre la profesión de abogado, la ley sobre los peritos, la ley sobre los intérpretes, los adoules[5], los oficiales de justicia y los copistas.
   Estos textos tienen una importancia primordial en la medida en que regulan tanto la función en sí, como sus relaciones con los posibles usuarios, lo cual constituye una nueva garantía legal para los justiciables.

9. *La Justicia: un servicio público*
   En ese sentido, tienen libre acceso a la justicia tanto los marroquíes como los extranjeros. Es más, los servicios de la justicia son gratuitos y las cantidades pagadas a las cajas de las distintas jurisdicciones no son sino tasas judiciales de escasa cuantía.
   Además, el turno de oficio permite que las personas con escasos recursos se beneficien de una asistencia jurídica ante cualquier jurisdicción.
   Por último, el principio básico que define a la justicia, y que caracteriza a todos los servicios públicos, es el principio de continuidad. Es más, en determinadas circunstancias es posible el acceso a la justicia incluso en los días festivos.

10. *La Publicidad*
    El carácter público de las vistas refleja la transparencia del proceso y constituye, de este modo, una de las principales garantías legales.
    Este principio debe ser respetado de forma estricta. Sin embargo, pueden existir algunas excepciones como en el caso que así lo requiriera el respeto a las buenas costumbres.

En segundo lugar, las garantías procesales en el proceso civil

En principio, los derechos se tienen y las obligaciones son ejecutables de buena fe y sin necesidad de litigio, pero en caso de disputa el proceso continua siendo el mejor medio para acudir a la justicia.

El proceso judicial constituye un conjunto de procedimientos judiciales que empieza con la demanda y termina con la sentencia. Esta clase de litigio se resuelve ante la jurisdicción civil, mercantil o contencioso-administrativa, según cual sea su naturaleza, y en ella el demandante no busca la condena penal del defensor.

Todo un conjunto de garantías legales rodean a dicho proceso, de entre las cuales las principales son:

1. *El principio contradictorio*
   Este principio constituye uno de los aspectos principales del derecho de defensa y implica la obligación de convocar a las partes, concediéndoles un plazo legal para que preparen su defensa, así como el derecho a conocer las pretensiones del adversario y las pruebas de que dispone.

2. *El principio del papel de las partes durante la instrucción del proceso*
   El buen desarrollo de un proceso exige que se cumplan una serie de procedimientos de instrucción, tales como la investigación, las pruebas periciales o la audiencia a los testigos, ya que incumbe a los magistrados y al resto de auxiliares de justicia convocar a las partes en este tipo de procedimientos.

3. *El derecho de defensa y el recurso a un abogado*. De hecho, la Ley sobre la profesión de abogado exige que se recurra a un abogado salvo en algunos casos excepcionales.

4. *El legislador marroquí no ha tenido en cuenta la idea de un juez* de *instrucción* civil[6], pero sí que ha tenido en cuenta, en cambio, la de un juez relator o de un consejero relator cuyo papel es similar al del juez de instrucción civil.

5. *La determinación de la fecha en la que será dictada la sentencia.*

6. *La redacción de la sentencia*.

7. *La motivación de la sentencia*. Es necesario destacar que los razonamientos jurídicos de la sentencia constituyen un medio fundamental de control para las jurisdicciones superiores, lo cual representa una garantía esencial para los justiciables que permite asegurar una aplicación correcta de la ley.

8. *El derecho a ejercer las vías de recurso*.

Los razonamientos jurídicos de la sentencia constituyen un medio fundamental de control para las jurisdicciones superiores

En tercer lugar, las garantías del proceso en materia penal

El alcance del proceso en materia penal es considerable, ya que concierne la libertad del individuo y su honor.

De hecho, uno de los indicadores principales del respeto a los derechos humanos es la existencia de un Código procesal penal, que garantice un proceso justo.

Pero, ¿qué es un proceso justo?

¿Qué es un proceso justo? El principio esencial que lo fundamenta es el derecho de cada uno "a que su causa sea oída equitativa y públicamente, dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley"

Las reglas de un proceso equitativo encuentran su fundamento en los principios de los convenios y pactos internacionales relativos a los derechos humanos. De hecho, algunos documentos internacionales han definido los elementos que nos permiten delimitar de forma precisa la noción de proceso equitativo, como por ejemplo el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Este artículo garantiza el derecho a un proceso equitativo, tanto en el ámbito civil como en el penal. El principio esencial que lo fundamenta es el derecho de cada uno "a que su causa sea oída equitativa y públicamente, dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley".

El artículo 6 afirma igualmente los siguientes derechos y principios:

- El principio de la presunción de inocencia hasta que la culpabilidad haya sido legalmente declarada;
- El derecho de todo acusado a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para preparar su defensa;
- El derecho a defenderse a sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección;
- El derecho a citar y a interrogar testigos; y
- El derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete si ello fuera necesario.

En Marruecos, se ha querido que el nuevo Código Procesal Penal (2002) desarrollara los principios y las disposiciones fundamentales en materia de derechos humanos para así garantizar las condiciones de un proceso equitativo.

Para ello, el Código Procesal Penal establece los principios siguientes:

- El artículo 1 consagra el principio de la presunción de inocencia. Este artículo establece que toda persona sospechosa o acusada en un proceso penal gozará de la presunción de inocencia mientras no haya sido condenada en virtud de una sentencia definitiva;
- El beneficio de la duda siempre corresponde al inculpado;
- Toda persona debe disfrutar del derecho a conocer todos los medios de prueba que existen contra ella, a contestarlos y a ser asistido por un abogado;
- La autoridad judicial debe velar por la información y la garantía de los derechos de las víctimas en el curso del proceso penal;
- El tribunal debe decidir en un plazo razonable;
- Toda persona condenada tiene derecho a recurrir la sentencia;

Además de enunciar expresamente el principio de la presunción de inocencia, el Código Procesal Penal lo ha rodeado de varias medidas prácticas para consolidarlo y reforzarlo, entre las cuales destacan:

- La mejora de las circunstancias de la detención y de la prisión preventiva;

- El derecho del acusado a ser informado de los cargos de los que se le acusa;
- El derecho del acusado a comunicarse con su abogado durante la prolongación de la detención, y el derecho de éste último a presentar alegaciones escritas mientras dure dicha prolongación;
- El derecho del acusado a que su familia sea avisada de su detención;
- La posibilidad de publicar en la prensa, a petición del interesado o del fiscal, la totalidad o parte de la decisión del juez de instrucción de no haber lugar a la inculpación;
- La prohibición de tomar fotografías de una persona detenida o esposada, de publicar su fotografía, sus apellidos o cualquier otro signo distintivo sin el consentimiento del interesado. También se castiga la investigación y la publicación de un comentario o una encuesta sobre una persona que participe en un proceso judicial, sea ésta el acusado o la víctima, sin su consentimiento previo;
- La eficacia de la justicia en el control de la valoración de los medios de prueba;
- El derecho del acusado a ser asistido por un intérprete;
- La fijación de los plazos de realización de las formalidades judiciales y del enjuiciamiento de los asuntos para garantizar la rapidez y la eficacia de la justicia penal, especialmente en lo asuntos en los que hay detenidos;
- El control reforzado de los derechos de los detenidos y de los prisioneros;
- La consolidación del control de la justicia sobre la actividad de la policía judicial: el fiscal[7] está obligado a visitar los locales donde se lleva a cabo la detención al menos una vez a la semana, para asegurarse de la legalidad de la detención y de sus circunstancias. El fiscal está igualmente obligado a valorar la actividad de los oficiales de la policía judicial y a ponerles una nota, permitiendo así a sus superiores administrativos estar informados de forma regular sobre su capacidad, sus aptitudes y sus esfuerzos en el ámbito de la policía judicial, sin perjuicio de las competencias que tiene la Sala de lo penal del Tribunal de apelación en tanto que autoridad disciplinaria de los oficiales de la policía judicial;
- La obligación de avisar al demandante cuando el fiscal decide archivar su demanda, en un plazo máximo de quince días contadores desde el momento en que se tomó la decisión, para poder permitirle utilizar los mecanismos formales previstos por la ley para garantizar sus derechos.

Además de enunciar expresamente el principio de la presunción de inocencia, el Código Procesal Penal lo ha rodeado de varias medidas prácticas para consolidarlo y reforzarlo

Para finalizar,

Hemos visto los grandes rasgos de las disposiciones legales que garantizan los derechos de las partes en los procesos judiciales para cualquier tipo de asunto.

Permítanme sin embargo añadir algunas otras garantías esenciales:

- La formación de los magistrados y de todos los actores que intervienen en el proceso judicial;
- La especialización y el profesionalismo de los magistrados;
- La informatización de los procesos judiciales.

Notas

1. *Juridictions communales* y *Juridictions d'arrondissement*, respectivamente, en la terminología del derecho marroquí. *N. Del T.*
2. *Cour d'Appel*, en la terminología del derecho marroquí. *N. Del T.*
3. *Tribunaux de commerce* y *Cours d'appel* de commerce, respectivamente, en la terminología del derecho marroquí. *N. Del T.*
4. En el sistema judicial marroquí, como en el francés, entre los auxiliares de justicia se incluye a los abogados, a los peritos y a los oficiales de justicia. *N. Del T.*
5. El *adoul* en el derecho marroquí es una especie de notario tradicional. *N. Del T.*
6. *Juge de la mise en état*, en la terminología jurídica francesa. *N. Del T.*
7. *Procureur du Roi*, en el derecho marroquí. *N. Del T.*

Être juge au Maroc et en Espagne.

Vérité matérielle et garanties dans le procès civil et pénal

Les garanties légales des procédures judiciaires

Abdelmjid Rhomija

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

Abdelmjid Rhomija

Directeur des Etudes, de la Coopération et de la Modernisation.
Ministère de la Justice, Rabat

Tout d'abord, je voudrais remercier le professeur Nour Eddine AFFAYA, ainsi que les représentants de la Fondation CIDOB pour l'invitation qu'ils ont bien voulu m'adresser afin de participer à cette rencontre scientifique de grande ampleur. Je félicite également les organisateurs pour le choix d'un thème d'actualité : la justice.

Je voudrais mettre en relief, à cet égard, l'importance considérable qu'accorde notre pays à la question judiciaire. Cette importance s'est manifestée encore une fois dans le discours royal prononcé vendredi dernier (12/10/2007) par SM le Roi devant le parlement. Dans ce discours, le souverain a annoncé la préparation d'une charte nationale adéquate sur la justice, pour le renforcement des garanties légales des citoyens.

SM le Roi a annoncé la préparation d'une charte nationale adéquate sur la justice, pour le renforcement des garanties légales des citoyens

Les garanties légales dans les procédures judiciaires

On désigne par garanties légales des procédures judiciaires l'ensemble des outils et des moyens juridiques mis en œuvre par le législateur en vue d'accompagner toutes les étapes des procédures judiciaires, de leur commencement jusqu'à leur accomplissement final, aussi bien dans le domaine civil que pénal.

La notion de ces garanties s'est élargie ces dernières années et touche actuellement divers aspects portant essentiellement sur le concept du droit d'accès à la justice, la transparence des procédures judiciaires, la protection du droit de la défense ainsi que le respect des principes du procès équitable.

Le concept de garanties légales en matière de procédures judiciaires s'est également élargi pour englober le droit d'accès à l'information juridique et judiciaire, qui permet la vulgarisation du contenu des règles juridiques. L'élargissement de ce concept a également concerné le droit à la transparence du procès et le renforcement du rôle de la défense dans ses diverses étapes, outre la simplification des procédures, et le traitement des affaires dans des délais raisonnables.

Ces garanties légales expriment en réalité le respect d'un aspect fondamental des Droits de l'Homme ayant trait en général au déroulement

d'un procès équitable, tant pour les affaires civiles que pour les affaires pénales, devant les instances judiciaires au sens classique ou devant les instances arbitrales ou les autorités administratives indépendantes.

Ces garanties légales expriment en réalité le respect d'un aspect fondamental des Droits de l'Homme ayant trait en général au déroulement d'un procès équitable, tant pour les affaires civiles que pour les affaires pénales

Etant donné la globalisation qui entoure ces garanties, l'intérêt qui lui est porté s'est vu dépasser l'aspect conjoncturel relatif à l'action civile ou pénale pour atteindre la consécration d'un environnement juridique global, à même de garantir la sécurité judiciaire de manière générale.

Ceci étant, les garanties légales peuvent être traitées à travers trois axes :

- les principes généraux ;
- leurs champs d'application ayant trait à l'action civile ;
- et enfin ceux liés à l'action publique en matière pénale.

Premièrement : Les principes généraux de garantie des procédures judiciaires

Le droit d'accès à la justice est un droit consacré par les pactes internationaux, garanti par les constitutions nationales, soutenu et assuré par la justice.

L'exercice de ce droit nécessite que soient réunies un ensemble de conditions primordiales constituant le fondement du système judiciaire dans sa globalité. Ces conditions représentent de fait la base des garanties des procédures judiciaires.

Ces principes généraux de garantie des procédures sont propres à tous les systèmes judiciaires. En ce qui concerne le système marocain, ses caractéristiques peuvent être présentées ainsi :

1. *L'indépendance de la justice*
   Le principe de l'indépendance de la justice est un principe constitutionnel. Ce principe a été défini par SM le Roi Mohamed VI, président du conseil supérieur de la magistrature, dans l'une de ses allocutions comme étant un droit accordé au justiciable et non un privilège accordé au juge. Je tiens à souligner à ce niveau que le principe de l'indépendance de la justice est fortement lié à d'autres principes de base tel le principe de l'impartialité, celui de la neutralité et de l'intégrité.

2. *L'unité du système judiciaire*
   Le Maroc se caractérise par l'adoption du principe de l'unité de la justice, ce qui voudrait dire que notre pays n'opte pas pour la dualité des systèmes administratif et judiciaire appliquée dans certains pays tels la France, l'Egypte etc . Nous avons, bien entendu, une Cour Suprême qui constitue une juridiction de droit et qui est à la tête de la pyramide judiciaire. A la base de cette pyramide, l'on trouve les juridictions de droit commun (juridictions communales et d'arrondissement, tribunaux de première instance, cours d'appel), les juridictions administratives (tribunaux administratifs et cours administratives d'appel), les juridictions de commerce (tribunaux de commerce et cours d'appel de commerce). L'institution d'une haute cour contribuera sans le moindre doute à assurer l'unification des solutions juridiques, ce qui

est un élément fondamental, à même de conforter les garanties des justiciables.

3. *Le principe de la spécialisation*
   Ce principe se fonde sur la spécialisation des juridictions et des magistrats dans des affaires déterminées : ce principe s'est traduit dans la pratique par la création des juridictions administratives et des juridictions de commerce.
   Quelle est la plus value de la spécialisation judiciaire ?
   Je pourrais citer à ce niveau, et de façon non limitative, deux éléments fondamentaux :
   - le rehaussement du niveau et de la qualité des jugements ;
   - l'unification des solutions judiciaires.

   Ceci constitue une garantie importante pour les justiciables et pour le bon déroulement de la justice au sens large.

4. *Le juge unique et la collégialité*
   Depuis la réforme de 1974, le principe du juge unique a été instauré au sein des tribunaux de première instance. L'année 1993 a connu, néanmoins, le retour au système de la collégialité dans plusieurs affaires et c'est ainsi que celui du juge unique est resté limité aux affaires mineures.

5. *Le respect du droit de défense*
   Ce principe est consacré aussi bien par le code de la procédure civile et celui de la procédure pénale que par la loi sur la profession d'avocat. Le législateur a mis en place des sanctions au manquement à ce droit. Comme garantie supplémentaire, les avocats sont considérés comme faisant partie du corps judiciaire.

6. *Le double degré de juridiction*
   L'affaire est traitée suivant deux degrés :
   - premier degré
   - puis l'appel

   Même en ce qui concerne les affaires criminelles, l'appel des arrêts rendus par la chambre criminelle statuant au premier degré a été institué, ce qui n'était pas le cas dans les dispositions de l'ancien code de procédure pénale.
   De même, les décisions rendues par les tribunaux administratifs sont susceptibles d'appel devant les cours administratives d'appel, alors qu'auparavant l'appel se faisait uniquement devant la chambre administrative près la cours suprême et de ce fait aucun pourvoi en cassation n'était possible.
   Il est à signaler qu'une réflexion approfondie tend vers la création d'un conseil d'Etat qui constituerait le sommet de la pyramide de la justice administrative : de ce fait, la dualité de juridiction sera instaurée dans le système judicaire marocain.

7. *Le recrutement des magistrats à travers l'organisation d'un concours*
   Les magistrats sont choisis parmi les lauréats des facultés de Droit ayant une licence en droit privé, avec bien entendu une certaine priorité pour les candidats ayant un Diplôme d'Etudes Supérieures.
   Les candidats sélectionnés passent un concours et bénéficient par la suite d'un stage de formation de deux années à l'Institut Supérieur de la Magistrature.

Il est à signaler qu'une réflexion approfondie tend vers la création d'un conseil d'Etat qui constituerait le sommet de la pyramide de la justice administrative : de ce fait, la dualité de juridiction sera instaurée dans le système judicaire marocain

En principe, les droits sont acquis et les obligations sont exécutables de bonne foi et sans litiges, sauf qu'en cas de litige, le procès demeure un moyen exceptionnel pour ester en justice

Cette institution a bénéficié d'une restructuration de fond qui lui permettra d'accomplir pleinement sa mission de formation aussi bien initiale que continue, tant au profit des magistrats que des auxiliaires de justice.
Nul besoin de rappeler à ce niveau que la formation des magistrats et des différents acteurs agissant dans le domaine judiciaire constitue une garantie légale de grande envergure. La formation aussi bien initiale que continue permet de garantir des jugements de grande valeur.
Il est à souligner que les juges des juridictions communales et d'arrondissements sont élus par un collège électoral limité.

8. *La réglementation des professions judiciaires*
Ces professions sont régies par des lois propres, telle la loi sur la profession d'avocat, la loi sur les experts, celle des interprètes, des adouls, des huissiers de justice, des copistes.
Ces textes revêtent une importance primordiale dans la mesure où ils réglementent tant la fonction en elle-même que ses rapports avec les différents usagers, ce qui constitue encore une fois une garantie légale pour les justiciables.

9. *La justice : un service public*
En ce sens, l'accès à la justice est ouvert aussi bien aux nationaux qu'aux étrangers. Par ailleurs, ses services sont gratuits et les montants versés aux caisses des juridictions ne sont que des taxes judiciaires dont la valeur est non considérable.
En outre, le système de l'aide judiciaire permet aux personnes aux moyens limités de bénéficier de cette assistance devant les juridictions.
Par ailleurs, la justice est définie par un principe de base qui caractérise tous les services publics : le principe de la continuité. Mieux encore, dans certaines situations, l'on pourrait accéder à la justice même pendant des jours fériés.

10. *La publicité*
La publicité des audiences reflète la transparence des procédures, elle constitue de la sorte l'une des principales garanties légales.
Ce principe doit être strictement respecté. Néanmoins, il pourrait faire l'objet de certaines exceptions, en ce sens que certaines audiences pourraient être maintenues secrètes en vertu du respect des bonnes mœurs.

Deuxièmement : les garanties de procédure au procès civil

En principe, les droits sont acquis et les obligations sont exécutables de bonne foi et sans litiges, sauf qu'en cas de litige, le procès demeure un moyen exceptionnel pour ester en justice.

L'instance judiciaire constitue un ensemble de procédures judiciaires commençant par une demande et se terminant par le prononcé d'un jugement. Ce genre de litige est traité, selon sa nature, devant les juridictions civiles, commerciales ou administratives, c'est-à-dire des juridictions où le demandeur ne cherche pas la condamnation pénale du défenseur.

Le procès en question est entouré de garanties légales dont les principales sont :

1. *Le principe du contradictoire*
   Ce principe constitue l'un des principaux aspects du droit de la défense, il suppose l'obligation de convoquer les parties et de leur accorder le délai légal pour préparer leur défense, ainsi que le droit de s'informer sur les requêtes et les preuves de l'adversaire.

2. *Le principe du rôle des adversaires dans les procédures d'instruction du procès*
   Le déroulement du procès exige l'accomplissement d'une série de procédures d'instruction telles que les enquêtes, l'expertise judiciaire et l'audition des témoins, puisqu'il incombe aux magistrats et aux autres intervenants de convoquer les parties dans de telles procédures.

3. *Le droit à la défense et le recours à un ministère d'avocat* ; de fait, la loi sur la profession d'avocat exige ce recours sauf dans des cas très rares.

4. *Le législateur marocain n'a pas pris en compte l'idée de juge* de la mise en état de l'affaire. Il a par contre pris en compte celle du juge rapporteur ou du conseiller rapporteur dont le rôle se rapproche de celui du juge de la mise en état.

5. *La fixation de la date du prononcé du jugement.*

6. *La rédaction du jugement.*

7. *La motivation du jugement* : il est à souligner que les attendus constituent un moyen essentiel dans le contrôle par les juridictions supérieures. Ceci constitue une garantie essentielle au profit des justiciables, à même d'assurer une application saine de la loi.

8. *Le droit à l'exercice de voies de recours.*

Les attendus constituent un moyen essentiel dans le contrôle par les juridictions supérieures

Troisièmement : Les garanties de procédure en matière pénale

La portée de la procédure en matière pénale est considérable puisqu'elle touche la liberté de l'individu et son honneur.

En fait, l'un des principaux critères du respect des droits de l'homme est l'existence d'un Code de procédure pénale garantissant un procès équitable.

Mais qu'est ce qu'un procès équitable ?

Les règles du procès équitable trouvent leur fondement dans les principes des conventions et des pactes internationaux relatifs aux Droits de l'Homme. De fait, certains documents internationaux ont présenté des éléments qui délimitent d'une façon bien détaillée la notion du procès équitable, à l'instar de la Convention européenne des Droits de l'Homme dans son article 6.

Cet article garantit le droit à un procès équitable, tant en matière civile que pénale. Son principe essentiel est le droit de chacun « à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi ».

Qu'est ce qu'un procès équitable ? Son principe essentiel est le droit de chacun « à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi »

L'article 6 affirme également les droits et principes suivants :

- Le principe de la présomption d'innocence jusqu'à ce que la culpabilité ait été légalement établie ;
- Le droit de tout accusé de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;
- Le droit de se défendre soi-même ou d'avoir l'assistance d'un défenseur de son choix ;
- Le droit de faire convoquer et interroger des témoins, et
- Le droit de se faire assister gratuitement par un interprète si cela est nécessaire.

En ce qui concerne le Maroc , le nouveau Code de procédure pénale (2002) s'est intéressé à mettre en exergue les principes et les dispositions fondamentaux en matières de Droits de l'Homme pour assurer les conditions d'un procès équitable.

A cet effet, le Code de procédure pénale a tenu à établir les principes suivants :

- L'article premier du Code de procédure pénale consacre le principe de la présomption d'innocence. Il dispose que toute personne suspecte ou poursuivie est présumée innocente tant que sa condamnation n'est pas établie en vertu d'un jugement définitif ;
- Le doute doit être interprété au profit de l'inculpé ;
- Toute personne doit jouir du droit à prendre connaissance de tous les moyens de preuve établis à son encontre, de les discuter et avoir droit à être assistée par un avocat ;
- L'autorité judiciaire doit veiller sur l'information et sur la garantie des droits des victimes au cours de la procédure pénale ;
- Le tribunal doit statuer dans un délai raisonnable ;
- Toute personne condamnée bénéficie d'un droit de recours.

Outre son énonciation expresse, le Code de procédure pénale a entouré le principe de la présomption d'innocence de plusieurs mesures pratiques en vue de le consolider et de le renforcer, entre autres :

- L'amélioration des conditions de la garde à vue et de la détention préventive ;
- Le droit de l'inculpé à être informé des chefs d'inculpation ;
- Son droit à communiquer avec son avocat au cours de la durée de prolongation de la garde à vue, et le droit de l'avocat à présenter des observations écrites au cours de cette durée ;
- Son droit à ce que sa famille soit avisée de son placement en garde à vue ;
- La possibilité de publication, en tout ou en partie, de l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction dans les journaux à la demande de l'intéressé ou du ministère public ;
- L'interdiction de prendre des photographies d'une personne détenue ou portant des menottes ou de publier sa photographie, son nom

ou tout signe l'identifiant sans l'accord de l'intéressé. Est puni le fait de procéder, par n'importe quel moyen, à une enquête, à publier un commentaire ou un sondage d'opinion sur une personne faisant l'objet d'une procédure judiciaire en tant qu'inculpé ou victime, sans accord préalable ;

- Un rôle efficace de la justice dans le contrôle de l'appréciation des moyens de preuve ;
- Le droit de l'accusé à être assisté par un interprète ;
- La fixation des délais de réalisation des formalités judiciaires et du jugement des affaires afin de garantir la rapidité et l'efficacité du rôle de la justice pénale, notamment dans les affaires concernant des détenus ;
- Le renforcement du contrôle des droits des détenus et des prisonniers ;
- La consolidation du contrôle de la justice sur l'activité de la police judiciaire : le procureur du Roi est tenu, désormais, de visiter les locaux de la garde à vue, au moins une fois par semaine, pour s'assurer de la légalité de la détention et de ses circonstances. Le ministère public est tenu également d'apprécier l'activité des officiers de police judiciaire et de les noter, permettant ainsi à leurs chefs administratifs d'être informés, de façon régulière, sur leur capacité, leur aptitudes et leurs efforts dans le domaine de la police judiciaire, sans préjudice des compétences de la chambre correctionnelle près de la Cour d'Appel en tant qu'autorité disciplinaire des officiers de la police judiciaire ;
- Obligation d'aviser le plaignant de la décision de classement que prend le ministère public au sujet de sa plainte dans un délai de quinze jours à compter de la prise de décision, pour lui permettre de suivre les formalités que lui confère la loi pour sauvegarder ses droits.

Outre son énonciation expresse, le Code de procédure pénale a entouré le principe de la présomption d'innocence de plusieurs mesures pratiques en vue de le consolider et de le renforcer

Pour finaliser :

Telles sont les grandes lignes des dispositions légales, garantissant les droits des parties dans les procédures judiciaires dans toutes les matières.

Mais permettez-moi d'ajouter d'autres garanties essentielles :

- La formation des magistrats et tous les intervenants dans la procédure judiciaire ;
- La spécialisation et le professionnalisme des magistrats ;
- L'informatisation des procédures judiciaire.

Ser juez en Marruecos y en España.

Verdad material y garantías en el proceso civil y penal

El proceso penal y los derechos fundamentales.

Salvador Camarena Grau

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

Salvador Camarena Grau

Magistrado del Juzgado de lo Penal 8 de Valencia

El proceso penal

Introducción

Esta es una reflexión provisional, sobre una materia, para mí, muy compleja[1].

Las imágenes de lo que se viene en denominar "verdad material" son en *cierto sentido* perjudiciales para nosotros. Existe una cierta doctrina comúnmente aceptada sobre la naturaleza y finalidad del proceso penal, que parece prevalecer y que merece ser considerada la doctrina oficial. La mayoría de los jueces, fiscales y abogados parecen recurrir a ella y aceptarla en sus alegaciones. Aquí se sostiene que la misma noción de esa doctrina es incorrecta, que esa incorrección se hace más patente en las sociedades multiculturales y se contradice con lo que sabemos del proceso cuando no nos alejamos de lo que sucede en el mismo. Dicha *doctrina oficial* es que el proceso penal es un procedimiento que busca la verdad material[2].

La doctrina oficial

Esa doctrina oficial parece decir que la *verdad* es algo que:

1. Existe previamente y es inmutable.
2. Por lo tanto, es independiente de la actuación de las partes.
3. La finalidad del proceso penal es descubrirla.
4. Los hechos probados son verdaderos, cuando relatan lo que efectivamente en el pasado sucedió, hechos que se reflejan en la mente del juez y son una reconstrucción fiel de un pasado que es enjuiciado.

Podría decirse que esa verdad material sería un objeto existente detrás de una cortina esperando a ser descubierto. Cuando el juicio oral finaliza, el juez descorre la cortina y en sus hechos probados muestra a todos que es lo que allí estaba aguardando. Así pues, se trataría de un hecho del pasado, inmutable, y susceptible de ser aprehendido por un juez lanzado en pos del mismo. Viene a producirse una identificación entre determina-

da concepción de cómo adquirimos el conocimiento los seres humanos y la adquisición de ese conocimiento en el proceso penal.

Desde esa perspectiva, no tiene demasiada importancia quienes intervienen en el proceso, pues el resultado va a ser el mismo.

Debe tenerse en cuenta que el juez no percibe directamente unos hechos, sino que lo que presencia es una reconstrucción de los mismos

Sin embargo, cualquiera que no se aleje excesivamente de lo que verdaderamente sucede en el proceso penal, sabe que lo expuesto nada tiene que ver con lo que a diario ocurre en el mismo, ni con su *esqueleto*, pues no es compatible con las reglas procedimentales que lo rigen ni con la diferente titularidad de derechos por parte de quienes en el mismo intervienen.

Es decir, este *uso* de "verdad material" no resiste una mínima verificación a partir de *"la verdad material"*, entendida como lo que en realidad sucede en el proceso.

Debe tenerse en cuenta que el juez no "conoce" de un modo idéntico a como lo haría en el ámbito de su vida privada, sino de acuerdo con las reglas que posibilitan el ejercicio de la potestad jurisdiccional y lo legitiman. Debe tenerse en cuenta también que no percibe directamente unos hechos, sino que lo que presencia es una reconstrucción de los mismos y no tiene ninguna posibilidad de comprobación personal de que lo que aparece como hecho probado en realidad sucedió.

Proceso inquisitivo

Quizás, descrita así, la doctrina oficial es más propia de un procedimiento inquisitivo.

En el proceso inquisitivo la idea de verdad material sobre la que se configura descansa sobre una concepción descriptiva de la verdad. La descripción fáctica de los hechos probados de la sentencia debe coincidir con lo que en el pasado, en algún momento, sucedió. Entonces, reflejaran la verdad.

El ejercicio legítimo del poder judicial descansaría en esa correspondencia: el relato de hechos probados es el reflejo de lo que una vez, en la realidad, ocurrió.[3]

Desde esa concepción, no es extraño que el juez participe activamente en esa búsqueda, y también carece de sentido la separación entre instrucción y enjuiciamiento.

De ella se ha dicho que "... La traducción de una u otra al sistema procesal, y la aplicación ilimitada de sus criterios, convertirían al proceso en una *"inquisitio generalis"* llevada a cabo bajo la mirada vigilante del Juez."[4]

La imagen del mundo del Estado de derecho

Cuando los seres humanos describimos el mundo, esa descripción está modelada por nuestras elecciones conceptuales[5].

Pero no deberíamos pensar que eso significa que existe un lenguaje propio del mundo mediante el cual sería posible describirlo como es "en sí mismo", sino que el lenguaje es el que los seres humanos hemos creado.

La imagen del mundo en el proceso penal de un Estado de derecho está descrita con la *gramática* de los derechos fundamentales.

La imagen del mundo en el proceso penal de un Estado de derecho está descrita con la gramática de los derechos fundamentales

Proceso penal y Estado de derecho

La característica esencial del proceso penal en un Estado democrático de derecho es que el conflicto lo resuelve un Juez imparcial, a través de un dialogo igualitario, racional e informado entre las partes enfrentadas, y que, al tomar la decisión, parte de la presunción de la inocencia del acusado como regla de juicio.[6]

En ese sentido, "ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido" (STC 143/2001, de 18 de junio)[7].

Las reglas básicas procedimentales para la toma de la decisión serían los derechos fundamentales, desde esa perspectiva, lo que es fundamental es que el procedimiento sea "fair", pues no se puede garantizar el resultado, pero sí la clarificación discursiva de todas las cuestiones de hecho y de derecho que resulten pertinentes.[8]

En la reconstrucción del pasado que se efectúa en el proceso penal no hay ningún acceso inmediato a las condiciones de verdad de nuestras creencias empíricas[9], por ello, "la resolución *correcta*, la que otorga la tutela a la que la Constitución se refiere, es la que mejor se ajusta al valor argumental (*en fait y en droit*) de las pretensiones de los litigantes, cuyos derechos e intereses son, precisamente, los que están en juego".[10]

A mi juicio, esta concepción limita el ejercicio del poder por el juez y posibilita su control, facilitando la admisión racional del resultado del proceso por parte de los intervinientes en el mismo, mientras que la anteriormente expuesta, supondría una desmesurada ampliación de los límites del ejercicio del poder por los órganos jurisdiccionales.

Vives Anton[11] señaló, examinando "El derecho a la tutela como derecho a una resolución correcta":

La investigación estatal, atribuida a un juez cuya mente se postula limpia y vacía como un espejo, y el juicio, en el que el Tribunal, configurado por el mismo modelo, puede también desempeñar un papel de protagonista del debate, se hallan orientados al establecimiento de una objetividad externa y absoluta que, como tal, se impone también absolutamente. Este es el sentido de los principios de oficialidad y verdad material, al menos tal y, como este último se entiende comúnmente. También ahí radica el fundamento de la configuración doctrinal del objeto del proceso penal como un hecho (...) En el ámbito del saber social, sin embargo, no existe ninguna verdad objetiva que pudiera encontrar por sí solo un investigador desapasionado. Concretamente, en los juicios

Es necesario que en última instancia haya un cierto sentido de las normas no relativizable, pues en otro caso no podríamos hablar de norma, ni de ejercicio de la potestad jurisdiccional, y ello sería incompatible con un régimen de libertades

penales, no se trata tanto de establecer la existencia de determinados acontecimientos naturales, cuanto de interpretar una serie de elementos probatorios, distintos del hecho mismo que se quiere probar y sacar de ellos la conclusión adecuada. Por consiguiente, el proceso no trata de reproducir objetivamente lo que ha sucedido, sino que consiste en un sistema de argumentaciones y contrargumentaciones, de aportación de datos y de discusión acerca de su significado. No puede, por tanto, dejarse en manos de un investigador, por imparcial y desinteresado que pudiera llegar a ser. El investigador aportará, en todo caso, una versión de los hechos que ha de ser sometida al debate. En el debate radica la esencia misma del proceso, cuyo objetivo último no es alcanzar una verdad entendida como *adequatio intellectus et reí*, sino solventar "razonablemente" los conflictos entre partes. El desarrollo del proceso, en cuanto contienda, ha de quedar básicamente librado a los litigantes y el órgano decisorio no puede tener, en principio, más funciones que las de hacer que se respeten las reglas del debate y, finalmente, dirimirlo. La regulación del proceso no debe, en consecuencia, abrumar al órgano jurisdiccional, haciendo recaer sobre sus espaldas el peso de la búsqueda de una verdad objetiva que, como tal, no existe en el campo del enjuiciamiento de la acción humana, sino que ha de procurar situar a las partes en posición de igualdad y facilitarles los medios necesarios para que puedan defender adecuadamente su derecho. La resolución correcta, la que otorga la tutela a que la Constitución se refiere, es la que mejor se ajusta al valor argumental (*en fait* y *en droit*) de las pretensiones de los litigantes, cuyos derechos e intereses son, precisamente, los que están en juego.(...) Pero la razón que fundamenta la corrección de la decisión tomada no es la razón teórica que capta una verdad material, sino la razón práctica, que escoge las líneas de argumentación más plausibles y llega a un resultado capaz de producir el consenso de los intervinientes en el discurso. La "verdad" de las resoluciones judiciales no es, por consiguiente, una verdad objetiva ni absoluta, sino una verdad consensual. Un proceso configurado para, más allá de ese consenso real o posible, adecuarse exactamente a los hechos efectivamente ocurridos, no podrá jamás, por la propia naturaleza de la indagación que en él se practica, alcanzar su objetivo y, normalmente, no alcanzará siquiera esa modesta verdad consensual que aquí se propone como su finalidad propia.

El hombre-juez

La exposición que se ha hecho no significa que la primera persona, en singular (juez) o en plural (tribunal), deba esconderse en el fondo de todas las decisiones de los órganos jurisdiccionales.

Las normas forman parte del marco objetivo en el que se produce el razonamiento jurídico, lo cual es una negación del subjetivismo absoluto. En primer lugar, porque un presupuesto previo es que éstas existen y son susceptibles de ser conocidas por los que intervienen en el proceso, y, en segundo lugar, porque son normas, y todo no puede hacerse concordar con la norma[12]. En ese sentido, es necesario que en última instancia haya un cierto sentido de las normas no relativizable, pues en otro caso no podríamos hablar de norma, ni de ejercicio de la potestad jurisdiccional, y ello sería incompatible con un régimen de libertades.

Una aproximación al modo en que deben aplicarse las normas por el juez es que la idea básica de la norma es la generalidad[13]. También, la característica esencial del razonamiento jurídico (y del razonamiento en general) ha de ser el de la generalidad. Cuando el juez aplica la norma racionalmente se propone mostrar que su aplicación está amparada por una autoridad que no es simplemente personal o social (un determinado estado de la opinión pública), sino universal, y que debería también persuadir a otros a que estén dispuestos a aceptar esa aplicación. La razón de la decisión no puede ser una razón solo para mi, debería partir de que las razones deberían servir de justificación para cualquiera que esté haciendo lo mismo en mi lugar. Esto no significa que no haya apelación posible contra los resultados de cualquier uso particular de la razón, ya que es fácil cometer errores en el razonamiento o verse completamente desorientado acerca de las conclusiones que éste nos permite inferir. Pero las correcciones o las dudas deben de provenir de operaciones adicionales de la propia razón[14].

La motivación de la decisión juega un papel esencial. Mediante ella se muestra la racionalidad de la decisión adoptada

Aquí la motivación de la decisión juega un papel esencial. Mediante ella se muestra la racionalidad de la decisión adoptada y que es la que mejor se ajusta al valor argumental (*en fait y en droit*) de las pretensiones de los litigantes.

Se ha dicho que la motivación cumple una doble finalidad, pues exterioriza, por un lado, el fundamento de la decisión, haciendo explícito que ésta responde a una determinada interpretación y aplicación del derecho, y por otro, permite, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico (en ese sentido ATC 246/07). Así pues, la motivación permite mostrar que el ejercicio del poder es racional y posibilita el control del mismo, pero al mismo tiempo, su *aceptación racional* por los ciudadanos.

Reglas

Verdad, es lo que las reglas dicen que puede ser recogido como hecho probado, es decir aquella que resulte mejor justificada a través de las reglas del proceso mismo[15].

Las reglas primarias y básicas del procedimiento penal deben ser los derechos fundamentales[16].

Sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso penal no es lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, solo lo verdadero en cuanto sea parte de lo justo [17].

Por ejemplo, quizás con la tortura y métodos de esa índole podríamos acceder a algún tipo de conocimiento que en algunos casos nos acercara más a lo que la doctrina oficial denomina "la verdad material"[18], sin embargo, es evidente que las reglas nos impiden su utilización, y, con ello, que es un importantísimo avance, accedemos a un relato con una *verdad mejor*.[19]

En ese sentido, un *uso* habitual de *verdad material,* suele ser su invocación por quien ha infringido las reglas, y que:

- o bien pretende que la ventaja obtenida con esa infracción no sea excluida,
- o bien que la infracción de las reglas no le depare el perjuicio correspondiente.

Sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso penal no es lo verdadero en sí, sino lo justo

El Tribunal Constitucional español

Partes procesales y derechos fundamentales

Si las reglas primarias y básicas del procedimiento penal deben ser los derechos fundamentales, es conveniente señalar de qué derechos de ésta índole son titulares los intervinientes en el proceso penal.

Vives Antón señala que, en cuanto a nuestro ordenamiento, hemos de partir de la idea de que las partes acusadoras, bien se trate del Ministerio fiscal, del acusador privado o del actor popular, ejercitan la pretensión punitiva de la que es titular el estado. Mediante ellas es, pues, el Estado el que comparece a pedir justicia; pero una cosa es que pueda pedir justicia y otra que tenga derechos fundamentales, pues tales derechos son derechos *frente* al Estado, no del Estado ni de las restantes personas públicas. En los Estados Unidos se afirma gráficamente que "el acusado tiene derechos fundamentales, el pueblo no"[20].

Nuestro sistema de enjuiciar, tal y como se halla configurado, conoce, junto a la acción del Ministerio Fiscal, la acción popular (art. 101 y concordantes de la LECr.) y la del ofendido o perjudicado por el delito.

Respecto de los derechos procesales de la presunta victima en el actual sistema español, cuando se constituye como acusación particular, debe tenerse en cuenta que el TC (SSTC 148/94, 41/1997, 116/97, 138/99, 215/99, 168/2001, 178/2001 y 81/2002), respecto de los derechos procesales de las partes acusadoras, ha afirmado constantemente que carecen de todo derecho a que se imponga o se agrave una condena penal, reduciendo sus derechos constitucionales al acceso al proceso y a la defensión.

Y es que, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2001 de 11 de Julio, el particular no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona (SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10;77/1996, de 11 de noviembre, FJ 11; 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5; 41/1997, de 10 de marzo, FJ 7; 74/1997, de 21 de abril, FJ 5; 116/1997, de 23 de junio, FJ 5; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 2; 138/1999, de 22 de julio, FJ 5), sino que a la víctima del delito le asiste el *ius ut procedatur*, es decir, el derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo**,** en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho (por todas STC 218/1997, FJ 2, en sentido similar 41/1997, FJ 5)" (STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4). O sea, dice la STC 163/2001, que no puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación

del *ius puniendi*, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4).

Al igual que no existe "un principio de legalidad invertido" que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurran sus presupuestos legales (STC 41/1997, de 10 de marzo, F. 4), tampoco existe una especie de "derecho a la presunción de inocencia invertido", de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas.

En cuanto que pueden sufrir la intervención punitiva del Estado, el imputado y acusado gozan de unas garantías constitucionales, procesales y sustantivas, diferentes y mayores que las de otros participantes en el proceso

Por el contrario, respecto del imputado, la STC 87/2001 señala que, "al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema –la pena criminal–, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más 'sagrado' de sus derechos fundamentales. Por eso, cada una de sus fases –iniciación (STC 111/1995, F. 3); imputación judicial (STC 153/1989, F. 6); adopción de medidas cautelares (STC 108/1994 [F. 3); sentencia condenatoria (SSTC 31/1981, 229/1991 y 259/1994); derecho al recurso (STC 190/1994, F. 2), etcétera–, se halla sometida a exigencias específicas que garantizan en cada estadio de desarrollo de la pretensión punitiva, e incluso antes de que el mismo proceso penal empiece (STC 109/1986, F. 1), la presunción de inocencia y las demás garantías constitucionales del imputado" (F. 15).

Por eso nuevamente la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 141/2006 (Sala Primera), de 8 mayo afirma que:

En efecto, en cuanto que pueden sufrir la intervención punitiva del Estado, el imputado y acusado gozan de unas garantías constitucionales, procesales y sustantivas, diferentes y mayores que las de otros participantes en el proceso. En múltiples ocasiones "hemos marcado la notable diferencia que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal, existe entre las partes según su posición de acusadoras o de acusadas" (STC 4/2004, de 16 de enero, F. 4; también, SSTC 41/1997, de 10 de marzo, F. 5; 116/1997, de 23 de junio, F. 5). Esta asimetría se justifica plenamente por la trascendencia de sus intereses en juego, pues "al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema –la pena criminal–, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más "sagrado" de sus derechos fundamentales" (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, F. 5; 88/2003, de 19 de mayo, F. 7), y encuentra plasmación, entre otros, en los derechos a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable, a la revisión de la condena, a no ser condenado dos veces por lo mismo o a la legalidad de las infracciones y sanciones. Que el debate procesal deba desarrollarse en condiciones de igualdad, de modo que todos los intervinientes tengan plena capacidad de alegación y prueba (SSTC 138/1999, de 22 de julio, F. 4; 178/2001, de 17 de septiembre, F. 3), y que, por ello, tanto acusador como acusado ostenten esta misma garantía, no comporta, en fin, por lo ya señalado, que sean iguales en garantías, pues ni son iguales los intereses que arriesgan en el

proceso penal ni el mismo es prioritariamente un mecanismo de solución de un conflicto entre ambos, sino un mecanismo para la administración del ius puniendi del Estado, en el que "el ejercicio de la potestad punitiva constituye el objeto mismo del proceso" (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, F. 5; 285/2005, de 7 de noviembre, F. 4).

No todos los derechos del art. 24 corresponden indiscriminadamente a cualesquiera partes en el proceso, pues, junto a la existencia de derechos procesales, que asisten a todas las partes procesales, permanecen otros que, para reequilibrar la desigualdad material entre el Estado y el imputado en la esfera del proceso, son de la exclusiva titularidad de la defensa

El derecho a la presunción de inocencia es quizás la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada. Este derecho "sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura (STC 56/1982, de 26 de julio, constituyendo "uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal" (SSTC 138/1992, de 13 de octubre; 133/1995, de 25 de septiembre), por cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso" (STC 41/1997, de 10 de marzo, F. 5). En lo que ahora importa, como criterio para la constatación de hechos, como regla presuntiva, supone que "el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones" [SSTC 124/2001, de 4 de junio (, F. 9; 145/2005, de 6 de junio (, F. 5.a)]. Como señalábamos anteriormente, mientras que en general, en los demás ámbitos de la actividad judicial, la conformación de los hechos que sirven de punto de partida para la solución de un conflicto tienen trascendencia constitucional por afectar a un derecho fundamental cuando los mismos sean el fruto de un error patente, de modo que no quepa en tal caso calificar la respuesta judicial como tutela efectiva, cuando se trate de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado será necesario que la conducta delictiva que se le atribuya venga sólidamente sustentada por pruebas de cargo que hayan sido practicadas con las necesarias garantías de "defensa efectiva" y de "corrección de la valoración" (STC 112/2005, de 9 de mayo, F. 2). Al igual que no existe "un principio de legalidad invertido", que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurran sus presupuestos legales (STC 41/1997, de 10 de marzo, F. 4), tampoco existe una especie de "derecho a la presunción de inocencia invertido", de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas.

Así el Auto Tribunal Constitucional núm. 63/1997 (Sala Primera, Sección 2ª), de 6 marzo, Recurso de Amparo núm. 212/1997 señala que no todos los derechos del art. 24 corresponden indiscriminadamente a cualesquiera partes en el proceso, pues, junto a la existencia de derechos procesales, que, por ser consustanciales a la misma idea de proceso (así, el derecho a la tutela, la "igualdad de armas", el derecho a la prueba, etc.), asisten a todas las partes procesales, permanecen otros que, para reequilibrar la desigualdad material entre el Estado y el imputado en la esfera del proceso, son de la exclusiva titularidad de la defensa. Así, ha declarado que derechos tales como el derecho a un Juez imparcial o al principio acusatorio (STC 136/1992), la presunción de inocencia y naturalmente el derecho penal de defensa asisten exclusivamente al imputado, por lo que no corresponde reclamar su protección constitucional a las partes acusadoras.

La exclusión del conocimiento adquirido con violación de derechos fundamentales

No se pretende analizar una materia tan compleja, sino simplemente poner de manifiesto algunas consideraciones sobre el fundamento de la exclusión.

Inicialmente el Tribunal Constitucional español fundamentó la exclusión del siguiente modo en la STC 114/1984 (anterior a la reforma de la LOPJ):

2. En el caso aquí planteado lo que en realidad reprocha el actor a las actuaciones judiciales es haber decidido a partir de una prueba ilícitamente obtenida. Haya ocurrido así o no, lo cierto es que no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originalmente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos. Conviene por ello dejar en claro que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental. Con ello no quiere decirse que la admisión de la prueba ilícitamente obtenida -y la decisión en ella fundamentada- hayan de resultar siempre indiferentes al ámbito de los derechos fundamentales garantizados por el recurso de amparo constitucional. Tal afectación -y la consiguiente posible lesión- no pueden en abstracto descartarse, pero se producirán sólo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 de la Constitución).

En suma, puede traerse a colación la doctrina establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la "evidence wrongfully obtained" y de la "exclusionary rule", en cuya virtud, en términos generales, no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución. Así, en United States V. Janis (1976) la Corte declaró que "... la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada ...".

Hay, pues, que ponderar en cada caso los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales). No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita.

Deriva de lo anterior una primera corrección del planteamiento procesal del actor en el presente recurso de amparo. La pretendida lesión jurisdiccional de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la

Constitución carece de fundamento en este caso y no es posible imputar a las resoluciones impugnadas una conculcación directa e inmediata del derecho del recurrente al secreto de sus comunicaciones.

3. Un problema distinto es el que suscita el recurso a propósito del art. 24.2 de la Constitución, puesto que en este punto posee una consistencia inicial el reproche dirigido a las actuaciones del juzgador y, específicamente, a la admisión por éste de una prueba tachada por la parte -en casación y ante este Tribunal- de ilegítima, por atentatoria a los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución, pues si la ilicitud en la obtención de la prueba fuese cierta y si fuese posible inferir de nuestro ordenamiento una regla que imponga su ineficacia procesal, habría que concluir que la decisión jurisdiccional basada en tal material probatorio pudo afectar a los derechos fundamentales del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución) y, en relación con ello, al derecho a la igualdad de las partes en el proceso (art. 14 de la Constitución).

Este planteamiento obliga a varias indagaciones sucesivas. Es necesario, en primer lugar, determinar la procedencia o improcedencia del empleo, en nuestro Derecho, de instrumentos probatorios con causa ilícita. Hay que precisar, a continuación, si, admitida tal improcedencia en algún caso, su desconocimiento por el juzgador adquiere relevancia en el proceso de amparo por afectar a derechos fundamentales de los ciudadanos. Y debe tenerse en cuenta, por último, si en el caso concreto aquí suscitado se produjo en la consecución de la prueba la lesión extraprocesal de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución.

No existe en nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente. Se ha destacado doctrinalmente que siempre podrá el Juez no admitir la prueba obtenida en tales condiciones, pero la inadmisión no vendría determinada, en ningún caso, por expresa determinación legal, sino por consideración puramente subjetiva del juzgador, sobre la base del art. 556 de la LECr, por impertinencia o inutilidad de la prueba, y ello con base en su contenido y no por las circunstancias que hayan podido presidir la forma de su obtención. A este respecto son divergentes las opiniones doctrinales y las soluciones acogidas en los distintos ordenamientos.

No existen tampoco líneas jurisprudenciales uniformes en el derecho comparado. Por lo general, los países de *common law* hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del derecho norteamericano, en el que se rechaza la prueba ilegalmente obtenida, si bien sólo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó por un agente público. Una solución parcialmente análoga ha prevalecido en el Derecho francés, en el que al menos parte de la jurisprudencia se inclina a considerar como "nula" toda prueba obtenida mediante registro ilegítimo de conversaciones telefónicas (así, en este sentido, Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955). En el ordenamiento italiano, el debate doctrinal acerca de la procedencia de las pruebas ilegalmente obtenidas ha

quedado parcialmente zanjado -por lo que se refiere a las pruebas específicamente "inconstitucionales"- en la Sentencia núm. 34 de 1973, de la Corte Constitucional y en la Ley núm. 98, de 1974, por la que se reformó el Código de Procedimiento Penal en el sentido establecido en la citada decisión jurisdiccional. La Sentencia de la Corte declaró que "... el principio enunciado en el apartado primero de la norma constitucional (art. 15: libertad y secreto de las comunicaciones) quedaría gravemente comprometido si, por parte del interesado, pudieran valer como indicios o pruebas interceptaciones telefónicas obtenidas ilegalmente, sin previa resolución judicial motivada".

En este caso, por lo demás, la Corte italiana no se limitó a esta advertencia, sino que enunció un principio de carácter general del mayor interés, según el cual "las conductas realizadas en contravención de los derechos fundamentales del ciudadano no pueden servir de presupuesto ni de fundamento para actos procesales a instancia de aquel a quien se deban tales actuaciones constitucionalmente ilegítimas".

Esta doctrina fue sustancialmente recogida en 1974 por el legislador, adicionándose un nuevo art. 226 al Código de Procedimiento Penal por el que se estableció la inefectividad procesal "de las interceptaciones realizadas al margen de los casos permitidos por la ley".

En el Derecho español el problema de la prueba ilícitamente obtenida sigue abierto por la carencia de disposición expresa. El recurso a la vía interpretativa impuesto por el art. 10.2 de la CE no resulta concluyente, por no existir pronunciamiento al respecto por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Existe, sin embargo, una resolución en este ámbito que debe mencionarse, por más que su sentido no resulte de necesaria consideración en nuestro derecho sobre la base del citado art. 10.2 de la Constitución. Se trata de la resolución adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 12 de noviembre de 1971, resolviendo el caso Scheichelbauer, a partir de demanda formulada contra el Estado austríaco. En esta decisión se acordó que no había implicado violación del art. 6.1 de la Convención (derecho a la jurisdicción) la utilización por un Tribunal nacional de un registro fonográfico como medio de prueba, que fue tachado en cuanto a su procedimiento de obtención por el recurrente. Con independencia de que la interpretación relevante, de acuerdo con el art. 10.2 de la Constitución, es sólo la jurisdiccional del Tribunal Europeo, y no la del Comité de Ministros, lo cierto es que, en el presente caso, este órgano no entró a conocer, en su breve resolución, acerca de que si la grabación controvertida constituyó o no un atentado a la intimidad (art. 8 de la Convención), sino que, considerándose sólo llamado a decidir sobre la vulneración o no el art. 6 del mismo texto, limitó a este objeto específico su acuerdo.

En el Derecho español el problema de la prueba ilícitamente obtenida sigue abierto por la carencia de disposición expresa. El recurso a la vía interpretativa impuesto por el art. 10.2 de la CE no resulta concluyente, por no existir pronunciamiento al respecto por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

4. Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de "inviolables" (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. Para nosotros en este caso, no se trata de decidir en

En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos

general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la "resistencia" frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de "elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica ..." -Sentencia de este Tribunal 25/81, de 14 de julio, fundamento jurídico 5)-. Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto -público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del capítulo segundo del título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el "deterrent effect" propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos). Estamos, así, ante una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales, aunque no -según se dijo- ante un principio del ordenamiento que puede concretarse en el reconocimiento a la parte del correspondiente derecho subjetivo con la condición de derecho fundamental.

En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso.

Esta conclusión no contraría la doctrina establecida ya por este Tribunal en los Autos de 21 de marzo y de 16 de mayo de 1984, por los que se declararon inadmisibles las demandas de amparo constitucional 764/1983 y 766/1983. Es cierto que, en estas resoluciones, el Tribunal no admitió las invocaciones de la parte fundamentadas en que el Auto del procesamiento recurrido se dictó sobre la base de movimientos probatorios ilícitamente obtenidos, pero no lo es menos que el problema entonces suscitado difería cualitativamente del que se plantea en el presente recurso. En aquellas demandas el actor se limitó a invocar abstractamente una doctrina, sin específica apoyatura constitucional, y a declarar, no menos genéricamente, graves infracciones jurídicas producidas en la obtención de los instrumentos probatorios cuya utilización atacó. Este defecto "abstractamente alegado" -como destaca el Auto de 16 de mayo en su fundamento jurídico 3 "in fine"- no podía, en verdad, ser objeto de atención por el Tribunal, máxime cuando, como también se indicó, la ilicitud invocada en la creación de la prueba hubiera requerido la declaración en tal sentido del Tribunal competente. Por lo demás, en aquel supuesto el recurrente -como advierte el Tribunal- podía haber suscitado tal queja frente al Auto de procesamiento en la fase plenaria del juicio penal, momento en el cual habría habido ocasión de apreciar la fundamentación de esta pretensión. Por ello -y porque, según se dijo, el actor no enlazó en modo alguno la alegada ilicitud en la obtención de la prueba con la defensa de derecho fundamental alguno

violado por tal formación irregular- el Tribunal hubo de declarar entonces que el problema planteado era de mera legalidad y ajeno, en cuanto tal, al ámbito del amparo constitucional.

5. Todo lo que se ha dicho en el apartado anterior permite centrar la dimensión constitucional que puede mostrar el problema planteado en el presente recurso de amparo. Puede sostenerse la inadmisibilidad en el proceso de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, pero ello no basta para apreciar la relevancia constitucional del problema, a no ser que se aprecie una ligazón entre la posible ignorancia jurisdiccional de tal principio y un derecho o libertad de los que resultan amparables en vía constitucional. Si tal afectación de un derecho fundamental no se produce (y no cabe, según se dijo, entender que el derecho violado por la recepción jurisdiccional de la prueba es el que ya lo fue extraprocesalmente con ocasión de la obtención de ésta) habrá de concluir en que la cuestión carece de trascendencia constitucional a efectos del proceso de amparo.

Tal afectación se da, sin embargo, y consiste, precisamente, en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las "garantías" propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución), implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de "medios de prueba pertinentes" que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse "pertinente" un instrumento probatorio así obtenido.

La lesión hipotética que aquí se considera no se puede descartar -en este planteamiento preliminar- por el hecho, que subrayan la Sentencia del Tribunal Supremo y el Ministerio Fiscal, de que la prueba tachada de ilegítima no hubiera sido la única llevada al juicio, ni el solo instrumento, por lo tanto, a partir del cual formó su convicción y posterior decisión el juzgador. No se trata ya sólo de que, en el presente recurso, estemos, más que ante dos pruebas distintas, ante lo que en rigor cabe llamar un "concurso instrumental" (prueba documental, y sobre ella, pruebas testificales) en el que resulta discutible la independencia de cada instrumento respectivo. Se trata, sobre todo, de que la valoración de estos instrumentos se producirá siempre por el Juez de modo sintético, una vez admitidos, con la consecuencia de que la garantía aquí considerada seguiría estando lesionada desde el momento en el que pasase a formar parte de este elenco de medios probatorios el que aparece viciado de inconstitucionalidad en su formación misma.

Tomás Vives Antón[21] objetaba a esta forma de razonar, a pesar del acierto de la resolución en otros aspectos, que incurre en ciertas insuficiencias, algo así como un *error categorial*. Señala que el fundamento de la sentencia referido a la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida con la violación de un derecho o una libertad fundamental discurre en términos *valorativos* y supone que consideraciones

deontológicas conduzcan a una consecuencia *epistemológica* (la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida).

Vives señala que este modo de razonar parece, a primera vista, falaz: habría de castigarse la infracción cometida al obtener la prueba, sin perjuicio de otorgarle la eficacia consiguiente, en orden a encontrar la verdad. Tampoco es suficiente acudir a consideraciones de *eficacia*, como la STC 11/82 de 8 de abril (fundamento jurídico 8) pues no queda claro cuando es necesario recurrir a esa disuasión, ni hasta que punto es verdaderamente preciso acudir a ella.

Los derechos fundamentales no son solamente garantías frente a los poderes públicos sino que, tal vez de modo primario, representan las reglas básicas de procedimiento a las que han de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático

En su opinión, el tema ha de plantearse directamente en términos *epistemológicos.* Y señala lo siguiente:

Los derechos fundamentales no son solamente garantías frente a los poderes públicos, ni concreción de una serie de valores sustantivos que la Constitución incorpora, sino que, tal vez de modo primario, representan las reglas básicas de procedimiento a las que han de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático.

La democracia es, precisamente, aquel sistema de gobierno en que los procedimientos de decisión sólo pueden estimarse correctos si los ciudadanos han participado directa o indirectamente en los mismos y si esa participación ha sido el fruto de una opción libre y racional.

En el proceso penal, que no ha de ser sino uno más de los procedimientos utilizados en la democracia, se trata de alcanzar una resolución correcta; pero "correcta" no es sólo materialmente "verdadera". El problema del proceso penal no es sólo el de conocer la verdad material, si es que ésta puede afirmarse alguna vez con certeza, sino también el de que la verdad que se establezca sea el resultado de un procedimiento legítimo, que no se incline a favor de ninguna de las partes y en el que ninguna de éstas tenga posibilidades exorbitantes, que coloquen a la otra en situación de desventaja.

Sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo.

Si ello es así -y así parece ser- los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su "verdad" resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración.

Y esa concepción es la que posteriormente recogió el Tribunal Constitucional español. Así la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 81/1998 (Pleno), de 2 abril, tras decir que: ya en la STC 25/1981, fundamento jurídico 5.º, se decía que los derechos fundamentales ostentan un doble carácter. "En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan

un *status jurídico* o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado Social de derecho o el Estado Social y Democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)".

Y afirma: "Pues bien, estas afirmaciones, que se proyectan sobre todos los derechos fundamentales, tienen, respecto de los que hemos llamado sustantivos, una consecuencia específica. Como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional constituida en Estado de derecho, los derechos fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedimental: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones"[22].

Los derechos fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedimental: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones

Notas

1. Espero que el hipotético lector sepa disculpar los errores que, estoy seguro, habré cometido. Tampoco puedo garantizar que los autores citados den el sentido que aquí se atribuye a sus palabras. Quiero agradecer a Carles Gómez su traducción en el Seminario que seguro mejoró cualquier cosa que yo pude decir.
2. LINCH MICHAEL P . En: *"La importancia de la verdad (para una cultura pública decente)"*, Paidós Transiciones 2005, trata en la primera parte que dedica a los mitos cínicos, y dentro de lo que denomina las obviedades sobre la verdad, de demostrar su afirmación de que "la verdad es objetiva" y cree conseguirlo simplemente afirmando: "Si algo sé es que ni yo ni nadie lo sabemos todo. Hay cosas que nunca sabremos y hay otras cosas que pensamos que sabemos, pero que no es así. Si aceptan esta muestra de sentido común, admitirán entonces la primera obviedad sobre la verdad: la verdad es objetiva." Sin embargo, creo que, nada se demuestra con afirmaciones de ese tipo, es más, nada nos dice sobre el problema de cuales son los criterios para el uso racional del termino "conocer", ni tan solo si es posible ahora establecer unos criterios inmutables sobre ese uso racional de "conocer", o si en el futuro pueden cambiar.
3. VIVES ANTON "La presunción de inocencia en la Ley del Jurado". En: *La Ley del jurado: Problemas de aplicación práctica* 45/2003 CGPJ: "Pues bien: la idea de verdad material sobre la que se configura el principio básico del proceso inquisitivo descansa sobre una concepción descriptiva de la verdad. La verdad es algo que puede establecerse con sólo comparar el enunciado y la cosa, los hechos ocurridos y la descripción que se hace de ellos. Esa es la idea de verdad que ha regido históricamente la configuración del proceso penal: los hechos que fundamentan la decisión son verdaderos cuando narran lo que efectivamente ocurrió. El relato de hechos probados ha de ser, así, un reflejo especular de la realidad. Pero, ese modo de concebir la verdad procesal no tiene en cuenta que, cuando finaliza el proceso, los hechos han desaparecido y el espejo no refleja ya nada. Quedan sólo narraciones diversas entre las que hay que optar valorando imparcialmente los diversos discursos justificativos."
4. VIVES ANTÓN, *La reforma del proceso penal,* pág. 280. Valencia, 1992, se está refiriendo dentro de las concepciones epistemológicas de la verdad, a las teorías de la correspondencia: realismo y empirismo.

5. PUTNAM, Hilary, *El pragmatismo.* Gedisa, 1999, pág. 49: "Kant observa que toda vez que los seres humanos describimos algo del mundo, nuestra descripción está modelada por nuestras elecciones conceptuales. Pero decir que nuestras descripciones del mundo están modeladas por nuestras elecciones conceptuales no significa simplemente que revelan un trivial convencionalismo semántico, como se desprende claramente del hecho de que podemos describir algo diciendo que tiene más o menos un metro de largo o, como alternativa, que mide treinta y nueve coma cuatro pulgadas de longitud. Kant entiende que describimos el mundo desde perspectivas diferentes, como, por ejemplo desde el punto de vista científico y desde el punto de vista moral, y que ninguna de las dos descripciones puede reducirse o intercambiarse por otra; si bien creía -y pienso que tenía razón- que tanto nuestras imágenes morales como nuestras imágenes científicas, pueden ser ambas correctas".
6. Viver Pi i Sunyer, voto particular a la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 20.7.1999 B.O.E. 18.8.1999 al que se adhieren Julio Diego Gonzalez Campos, Tomás S. Vives Antón, y Maria Emilia Casas Baamonde.
7. Un sentido usual de la justicia, consistiría esencialmente en la eliminación de distinciones arbitrarias y el establecimiento, dentro de la estructura de una práctica, de un adecuado equilibrio entre pretensiones rivales, John RAWLS *Justicia como equidad*, pag. 79 Tecnos 1999.
8. "Los derechos procedimentales garantizan a toda persona jurídica la pretensión de un procedimiento "fair", el cual no garantiza la seguridad del resultado, pero si la clarificación discursiva de todas las cuestiones de hecho y de derecho que resulten pertinentes." Tomado de Jürgen HABERMAS, "*Facticidad y Validez*", pag. 291, Madrid 1998.
9. "No hay ningún acceso inmediato, ningún acceso que no esté filtrado discursivamente, a las condiciones de verdad de nuestras creencias empíricas" Jürgen HABERMAS, *Verdad y Justificación,* Pág. 50 Trotta 2002.
10. VIVES ANTÓN, *La reforma del proceso penal*, pág. 247. Tirant Lo Blanch; Valencia, 1992. También, del mismo autor en "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", en *La libertad como pretexto*, pág. 280, 281 y 282 y en Poder Judicial número especial II 1987, Justicia Penal, Consejo General Poder Judicial, pág. 105 y 106.
11. VIVES ANTON, *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal,* en *"La libertad como pretexto"* y en Poder Judicial número especial II 1987, Justicia Penal, Consejo General Poder Judicial.
12. Pues entonces no podría hablarse de norma. WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosoficas,* Crítica, nota 201: "Nuestra paradoja era ésta: una regla no podía determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla. La respuesta era: si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. De donde no habrá ni concordancia ni descuerdo (...)." y continua en la 202: " Por tanto "seguir la regla" es una practica. Y *creer* seguir la regla no es seguir la regla. Y por tanto no se puede seguir "privadamente" la regla, porque de lo contrario creer seguir la regla sería lo mismo que seguir la regla" y en la 241 indica:" ¿Dices, pues, que la concordancia de los hombres decide lo que es verdadero y lo que es falso? -Verdadero y falso es lo que los hombres *dicen*; y los hombres concuerdan en el *lenguaje*. Esta no es una concordancia de opiniones sino de forma de vida". Andrei MARMOR, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona: Gedisa 2000, pág. 167, dice: "Es posible resumir el *quid* de la tesis de Hart de la siguiente manera: la formulación de las normas jurídicas en un lenguaje natural tiene como consecuencia el hecho de que sus significados dependan, ante todo, de los significados de las palabras-conceptos empleados en esas formulaciones. Dado que el significado de una palabra-concepto consiste (*inter alia*) en su *uso*, siempre debe haber ejemplos estándar en los que la aplicación de la palabra-concepto carezca de problemas. Hart llama a esto el núcleo del significado. Sin embargo, dado que la mayoría de las palabras-conceptos de nuestro lenguaje son un poco vagas y carecen de un significado totalmente determinado, su aplicación a los hechos involucrará siempre algunos casos dudosos, que Hart denomina halo, que consiste en la ausencia de acuerdo respecto de la aplicabilidad de la palabra. En estos casos, el ajuste entre los hechos y las palabras-conceptos es una cuestión que debe ser determinada de acuerdo con diversas consideraciones no lingüísticas, como el propósito que supone la regla." A mi juicio en el proceso penal español es necesario, para que pueda hablarse de libertad en un Estado de derecho, que los ciudadanos puedan, en el ámbito del Derecho Penal, conocer previamente las consecuencias de sus acciones,

y por eso, es necesario que exista algún sentido definido en los preceptos penales sobre el que no quepa *interpretación* y que permita a los ciudadanos una elección al actuar. El correlato de esa necesidad en el ámbito del proceso penal es que la totalidad de los elementos configuradores de la apreciación del precepto penal deben aparecer relatados en la conclusión primera de los escritos de calificación de las acusaciones. Piénsese que la Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo, de 25 marzo 1999 Caso Pelissier y Sassi contra Francia recuerda que las disposiciones del apartado 3 a) del artículo 6 (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales) muestran la necesidad de poner un cuidado extremo en notificar "la acusación" al interesado. Asi, el Tribunal señala que el acta de acusación juega un papel determinante en las diligencias penales: a partir de su notificación, la persona encausada está oficialmente informada por escrito de la base jurídica y de hecho de las imputaciones que se formulan contra ella (Sentencia Kamasinski contra Austria de 19 diciembre 1989, serie A núm. 168, pgs. 36-37, ap. 79) añadiendo: "... El artículo 6.3 a) del Convenio reconoce al acusado el derecho a ser informado no sólo del motivo de la acusación, es decir, de los hechos materiales de los que se les acusa y sobre los que se basa la acusación, sino también de la calificación jurídica dada a estos hechos y esto, como indica justamente la Comisión, de manera detallada..". Afirmando que "existe un vínculo entre los apartados a) y b) del artículo 6.3 y que el derecho a ser informado sobre la naturaleza y el motivo de la acusación debe contemplarse a la luz del derecho del acusado a preparar su defensa..."

13. Se parte de NAGEL, Thomas, *La última palabra*. Gedisa. Nagel señala que quienquiera que apele a la razón se propone descubrir una fuente de autoridad dentro de si mismo que no es simplemente personal o social, sino universal, y que debería también persuadir a otros que estén dispuestos a prestarle atención y añade que "la característica esencial del razonamiento es su generalidad. Si tengo razones para concluir en, creer en, desear o hacer algo, éstas no pueden ser razones solo para mi: las razones deberían servir de justificación para cualquiera que éste haciendo lo mismo en mi lugar. Esto deja abierta la cuestión de qué es para otro el estar "en mi lugar". Pero cualquier afirmación de que lo que es una razón para mi no es una razón para que otro llegue a la misma conclusión debe ser respaldada por razones adicionales, a fin de mostrar que esta aparente desviación de la generalidad puede explicarse en términos, que son, ellos mismos, generales. La generalidad de las razones significa que ellas rigen no sólo en circunstancias idénticas, sino también en circunstancias relevantemente similares (y que lo que es una similitud o diferencia relevante puede explicarse mediante razones igualmente generales). Idealmente, el objetivo es arribar a principios que son universales y que no tienen excepciones. Razonar es pensar sistemáticamente en formas que cualquiera que mirara sobre mis hombros debiera ser capaz de reconocer como correctas. Esta es la generalidad, que niegan los relativistas, los subjetivistas. Incluso cuando introducen un simulacro de generalidad en forma de una condición de consenso en una comunidad lingüística, científica o política, es el tipo incorrecto de generalidad, ya que en última instancia es estadística, no racional."

Para tener la autoridad que ella reclama, la razón debe ser una forma o categoría del pensamiento respecto de la cual no exista posible más allá de ella misma, es decir, cuya validez sea incondicional porque es empleada necesariamente en cada pretendido reto a sí misma. Esto no significa que no haya apelación posible contra los resultados de cualquier uso particular de la razón, ya que es fácil cometer errores en el razonamiento o verse completamente desorientado acerca de las conclusiones que éste nos permite inferir. Pero las correcciones o las dudas deben de provenir de operaciones adicionales de la propia razón.

14. Quizás, la actitud del hombre-juez, pudiera ser la que relata RAY MONK *Ludwig Wittgenstein*, Anagrama, 1994, pág. 339, refiriéndose a Wittgenstein: "Con frecuencia señalaba que el problema de escribir buena filosofía y de pensar correctamente en los problemas filosóficos era cuestión de la voluntad más que del intelecto: la voluntad de resistir la tentación de malinterpretar, la voluntad de resistir la superficialidad. Lo que con frecuencia se interpone en el camino de la verdadera comprensión de los problemas no es la falta de inteligencia, sino el propio orgullo. De este modo: "El edificio de tu orgullo debe ser desarmado. Y es un trabajo terriblemente duro"". Así, "A filósofos que nunca lo conocieron", escribió GILBERT RYLE *Collected Papers*. Hutchinson, 1971, Vol. I, pag. 249, citado por Anthony KENNY, *Wittgenstein*, Alianza Editorial, 1995, pag. 15, a propósito

de la muerte de Wittgenstein en 1951, "se les puede oír hablar de filosofía con su mismo tono de voz; y estudiantes que apenas son capaces de deletrear su nombre fruncen ahora sus narices ante cosas que a él le olían mal".

15. Es conveniente tener presente la distinción que efectúa VIVES ANTÓN, *Principios penales y dogmática penal,* Estudios de Derecho penal, CGPJ 2/1996 : "legalidad" es, en nuestro lenguaje actual, una expresión anfibológica, que remite a dos clases de leyes: las leyes de la naturaleza, que explican los hechos del mundo, y las leyes de la ciudad, que rigen la conducta de los hombres. Hablamos, pues, dice VIVES ANTON, de una legalidad natural, que desentraña las causas de lo que sucede, y de una legalidad jurídica, que expresa las reglas de acción a las que una comunidad cualquiera juzga oportuno someterse. Se trata de dos sentido antitéticos: una misma palabra encubre las contraposición entre *regularidades* –que son inexorables- y *reglas* –que pueden seguirse o infringirse-.
16. GOMEZ MARTINEZ, Carlos, en la ponencia *El papel del juez en una sociedad multicultural. La imparcialidad revalorizada* señala en la página 11: "Si estos derechos fundamentales de naturaleza procesal son los más despojados de connotaciones culturales y pueden ser considerados como comunes (...) la conclusión es que no todo está perdido para el juez, sino que éste mantiene su función de aplicar el derecho a través de un proceso imparcial y contradictorio que posee valor en si mismo".
17. VIVES ANTON. T.S., *Reforma del proceso penal*, pág. 248 y 249, Valencia 1992. Reviste gran interés la problemática de las teorías de la verdad que en dicha obra se expone, a partir de las páginas 267 y ss. También puede consultarse del mismo autor, *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*, en "La libertad como pretexto", pág. 280, 281 y 282 y en *Poder Judicial número especial II* 1987, Justicia Penal, Consejo General Poder Judicial, Pág.. 105 y 106.
18. BENTHAM, Jeremías, opina que no hay tampoco seguridad en esos casos, *Tratado de las pruebas judiciales,* Comares 2001.
19. NAGEL, Thomas, en *Igualdad y parcialidad*, páginas 159 y 160 recoge una interesente discusión sobre si es legítimo que el Estado mate inocentes para prevenir más asesinatos, proponiendo un experimento mental: " si se me ofreciera una elección entre un incremento significativo en la probabilidad de ser asesinado y la abolición de mis derechos morales y legales, elegiría la primera opción. Este tipo de dignidad personal, con todo lo abstracto que sea, es vital, y su reconocimiento, un bien enorme en sí mismo con independencia de sus consecuencias."
20. VIVES ANTÓN. T.S. "*La presunción de inocencia en la Ley del Jurado*". Estudios de Derecho Judicial 45-203, CGPJ, Pág. 446, en "La Ley del Jurado: problemas de aplicación practica". En la misma obra, pág. 444.
21. VIVES ANTÓN. T.S. *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal,* Poder judicial número especial II 1987.
22. La STC de la que fue ponente TS Vives continuaba del siguiente modo: "Ese principio general ha de afirmarse, de modo especialmente rotundo, en el ámbito del proceso penal. "En efecto, al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema -la pena criminal- actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más "sagrado" de sus derechos fundamentales. Por eso, cada una de sus fases -iniciación (STC 111/1995 , fundamento jurídico 3.º); imputación judicial (STC 153/1989 , fundamento jurídico 6.º); adopción de medidas cautelares (STC 108/1994 , fundamento jurídico 3.º); sentencia condenatoria (SSTC 31/1981 , 229/1991 y 259/1994), derecho al recurso (STC 190/1994, fundamento jurídico 2.º), etc.- se halla sometida a exigencias específicas que garantizan en cada estadio de desarrollo de la pretensión punitiva, e incluso antes de que el mismo proceso penal empiece (STC 109/1986], fundamento jurídico 1.º), la presunción de inocencia y las demás garantías constitucionales del imputado" (STC 41/1997, fundamento jurídico 5.º).

    Por eso, hemos podido afirmar que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de derecho que la Constitución instaura, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso (STC 114/1984, fundamentos jurídicos 2.º y 3.º).

La valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales "implica una ignorancia de las "garantías" propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución)" (SSTC 114/1984, fundamento jurídico 5.º y 107/1985 , fundamento jurídico 2.º) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de "proceso justo" (TEDH, Caso Schenk contra Suiza, Sentencia de 12 julio 1988, fundamento de derecho 1, A) debe considerarse prohibida por la Constitución.

Ahora bien, para determinar si la valoración de una prueba que tiene su origen en una inconstitucional intervención de las comunicaciones telefónicas vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías es preciso considerar conjuntamente el derecho fundamental sustantivo y sus límites constitucionales pues, como dijimos en la STC 159/1986 (fundamento jurídico 6.º), es cierto "que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como "fundamento del orden político y de la paz social". Especial relevancia adquiere, en este orden de cosas, el interés, constitucionalmente legítimo, en la averiguación y castigo de los delitos graves, cuya defensa encomienda específicamente el art. 124.1 CE al Ministerio Público (SSTC 37/1989 y 207/1996).

Solamente a partir de esa doble consideración podrá llegar a determinarse si el proceso penal en el que se haya valorado una prueba obtenida a partir de una intervención telefónica acordada contraviniendo las exigencias del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 CE ha sido o no desde la perspectiva constitucional, un "proceso justo" (TEDH, caso Schenk, Sentencia de 12 julio 1988, fundamento de derecho 1, A).

3. Tanto el recurrente en amparo como el Ministerio Fiscal aducen que, en este caso, junto al derecho a un proceso con todas las garantías, se ha vulnerado la presunción de inocencia. Partiendo de esa afirmación, y antes de darle respuesta, resulta necesario esclarecer las relaciones entre la posible vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías tal y como la hemos establecido en el fundamento jurídico anterior, y la de la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio -que sería la relevante en este caso- opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías; pero, puesto que la jurisdicción constitucional no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en su función exclusiva *ex* art. 117.1 CE (SSTC 174/1985, fundamento jurídico 5.º; 63/1993], fundamento jurídico 5.º y 244/1984 jurídico 2.º, entre otras muchas), sólo accede a ella por vía de amparo cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, puede inferirse la culpabilidad, como hemos venido afirmando desde la STC 31/1981 hasta las más recientes (SSTC 24/1997] y 45/1997]).

La presunción de inocencia, por tanto, como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, no puede erigirse, a la vez, en canon de validez de las pruebas: ese canon ha de venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías tal y como ha sido especificado en el fundamento jurídico anterior.

A partir de estas premisas, ha de afirmarse que, al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida.

Por lo tanto, en casos como el presente, en los que lo que se discute es la dependencia o independencia de ciertas pruebas respecto a la previa vulneración de un derecho fundamental sustantivo -el secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE- nuestro análisis ha de

discurrir a través de dos pasos que, por más que en la realidad pueden hallarse -como aquí sucede- íntimamente unidos, son lógicamente separables: en primer lugar, habremos de precisar si la valoración de tales pruebas ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías para, en segundo lugar y en consecuencia, decidir si la presunción de inocencia ha sido o no quebrantada.

4. En supuestos como el aquí examinado, es decir, en los casos en que se plantea la dependencia o independencia de determinada actividad probatoria respecto de la previa vulneración de un derecho fundamental, hemos de empezar delimitando la zona problemática. Las pruebas puestas, desde la perspectiva constitucional, en tela de juicio, no resultan por sí mismas contrarias al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas ni, por lo tanto, al derecho a un proceso con todas las garantías. Sólo en virtud de su origen inconstitucional -como ponen de manifiesto tanto el recurrente como el Ministerio Público- pueden quedar incluidas en la prohibición de valoración. En consecuencia, si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible.

El problema surge, pues, cuando, tomando en consideración el suceso tal y como ha transcurrido de manera efectiva, la prueba enjuiciada se halla unida a la vulneración del derecho, porque se ha obtenido a partir del conocimiento derivado de ella.

Pues bien: en tales casos la regla general, tal y como hemos expresado en diversas ocasiones (SSTC 85/1994, fundamento jurídico 5.º; 86/1995 , fundamento jurídico 3.º; 181/1995], fundamento jurídico 4.º; 49/1996, fundamento jurídico 5.º) y reafirmamos expresamente ahora, es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla incurso en la prohibición de valoración *ex*art. 24.2 de la Constitución Española.

Sin embargo, a la vez que establecíamos la doctrina general que acabamos de exponer, y habida cuenta de que, como hemos dicho repetidamente, los derechos fundamentales no son ilimitados ni absolutos (STC 254/1988 , fundamento jurídico 3.º), en supuestos excepcionales hemos admitido que, pese a que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, eran jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, las reconocimos como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia (SSTC 86/1995, fundamento jurídico 4.º y 54/1996 , fundamento jurídico 9.º).

Esto sentado, los términos en que se halla planteado el problema nos obligan a indagar en la *ratio* de la interdicción de la valoración de las pruebas obtenidas a través del conocimiento derivado de otra realizada vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, para poder establecer si estamos ante un supuesto en que debe aplicarse la regla general a que nos hemos referido en el fundamento jurídico anterior, extendiendo, en consecuencia, la prohibición de valoración a las pruebas derivadas o reflejas; o, por el contrario, nos hallamos ante alguna de las hipótesis que permiten excepcionarla.

Según se ha dicho, tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la *ratio* de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones.

Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho

al secreto de las comunidades exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (STC 11/1981, fundamento jurídico 8.º).

5. Desde el punto de vista de la índole y características de la vulneración de que aquí se trata, ha de considerarse, en primer término, cuál de las garantías de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas -presupuestos materiales, intervención y control judicial, proporcionalidad, expresión de todas y cada una de las exigencias constitucionales (SSTC 199/1987, 85/1994, 86/1995, 181/1995 y 49/1996)- ha sido efectivamente menoscabada y en qué forma.

Esta cuestión ha de darse por resuelta en el presente caso a partir de la declaración efectuada por el Tribunal Supremo en la sentencia que aquí se impugna, como dijimos en el fundamento jurídico 1.º. Según esa resolución, la infracción constitucional radica en la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental. Por ello, y aunque la sentencia impugnada no extraiga ninguna consecuencia explícita de ese tipo de infracción, hemos de dejar constancia que ni puede afirmarse ni se afirma en ella que dicho presupuesto no concurriese íntegramente en la realidad y, por lo tanto, que la injerencia no hubiese podido llevarse a cabo respetando todas las exigencias constitucionales inherentes a la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Esto sentado, procede analizar el resultado inmediato de la infracción, esto es, el conocimiento obtenido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente. La sentencia impugnada subraya que, en virtud de la intervención telefónica, sólo se obtuvo un dato neutro como es el de que el entonces sospechoso y ahora recurrente iba a efectuar una visita.

A partir de ese hecho, el Tribunal Supremo entiende que dadas las circunstancias del caso y, especialmente, la observación y seguimiento de que el recurrente era objeto, las sospechas que recaían sobre él y la irrelevancia de los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí solo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho.

Esa afirmación que, desde la perspectiva jurídica que ahora estamos considerando, rompe, según la apreciación del Tribunal Supremo, el nexo entre la prueba originaria y la derivada, no es, en sí misma un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada. Por consiguiente, no se halla exento de nuestro control; pero, dado que, en principio, corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, el examen de este Tribunal ha de ceñirse a la comprobación de la razonabilidad del mismo (ATC 46/1983 [, fundamento jurídico 6.º y SSTC 51/1985 , fundamento jurídico 9.º; 174/1985, fundamento jurídico 2.º; 63/1993, fundamento jurídico 5.º y 244/1994 , fundamento jurídico 2.º, entre otras) y que, en el caso presente no puede estimarse que sea irrazonable o arbitrario, hemos de concluir que, desde el punto de vista antes expuesto, la valoración de la prueba practicada en este caso no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías.

6. Sin embargo, la conexión de antijuridicidad, que hemos negado desde la perspectiva de la índole y resultado de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, podría resultar afirmada a partir del examen de las necesidades esenciales de tutela del mismo.

El análisis ha de partir aquí del hecho de que la necesidad de tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas es especialmente intensa, tanto porque dicho derecho, a consecuencia de los avances tecnológicos, resulta fácilmente vulnerable, cuanto porque constituye una barrera de protección de la intimidad, sin cuya vigencia efectiva podría vaciarse de contenido el sistema entero de los derechos fundamentales.

En consecuencia, la cuestión es la de si excepcionar, en los términos en que lo efectúan las resoluciones impugnadas, la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene su origen en otra contraria a las exigencias del art. 18.3 CE no significa, de algún modo, incentivar la comisión de infracciones del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y, por lo tanto, privarle de una garantía indispensable para su efectividad.

Para resolver esa cuestión, ha de valorarse en primer término que en ningún momento consta en los hechos probados ni puede inferirse de ellos que la actuación de los órganos encargados de la investigación penal se hallase encaminada a vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones. La inconstitucionalidad sobreviene por la falta de expresión de datos objetivos que, más allá de las simples sospechas a las que hace referencia la solicitud policial, y pese a su calificación como indicios en el auto del Juez, se estimaron necesarios por el Tribunal Supremo para que la medida pudiera adoptarse respetando las exigencias constitucionales. Pero, lo cierto es que esa doctrina, sin duda respetuosa del derecho fundamental, no es acogida de modo unánime por los Jueces y Tribunales. Ese dato excluye tanto la intencionalidad como la negligencia grave y nos sitúa en el ámbito del error, frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Tampoco la entidad objetiva de la vulneración cometida hace pensar que la exclusión del conocimiento obtenido mediante la intervención de las comunicaciones resulte necesaria para la efectividad del derecho, pues no estamos ante una injerencia llevada a cabo sin intervención judicial, ni nos hallamos ante una intervención acordada por resolución inmotivada (como ocurría en los casos enjuiciados en las SSTC 85/1994 y 181/1995) que, al no contener motivación de ninguna especie, ni ofrecen precisiones que permitan efectuar siquiera sea *a posteriori* el necesario juicio de proporcionalidad, ni expresan en modo alguno la indispensable valoración del Juez respecto de la injerencia en el derecho fundamental.

En el caso que nos ocupa, la justificación aducida por la Policía Judicial y acogida explícitamente por el Juez determina el posible delito, cuya gravedad está fuera de toda duda, y expresa, junto a esa precisión imprescindible, algunos de los presupuestos de la intervención de las comunicaciones, por más que, en este punto concreto, esto es, en orden a la expresión de los fundamentos justificativos, haya sido declarada insuficiente.

De todo ello se desprende que, en este caso, la necesidad de tutela inherente al derecho al secreto de las comunicaciones quedó satisfecha con la prohibición de valoración de la prueba directamente constitutiva de la lesión, que ya hizo efectiva el Tribunal Supremo en su sentencia de casación, sin que resulte procedente extender dicha prohibición a las pruebas derivadas.

7. En consecuencia, no puede estimarse la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que ha sido reparada por el Tribunal Supremo en la vía previa, al excluir la valoración de las conversaciones intervenidas. Y, por las razones expuestas en los fundamentos jurídicos anteriores, ha de rechazarse que la condena recaída sobre la base de las restantes pruebas de cargo, obtenidas con pleno respeto a los derechos fundamentales, haya vulnerado la presunción de inocencia."

Être juge au Maroc et en Espagne.

Vérité matérielle et garanties dans le procès civil et pénal

Le procès pénal et les droits fondamentaux

Salvador Camarena Grau

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

Salvador Camarena Grau

Magistrat du Tribunal Pénal 8 de Valence

Le proces penal

Introduction

Ceci est une réflexion provisoire sur un sujet selon moi extrêmement complexe[1].

Les images de ce que l'on appelle « vérité matérielle » sont, dans un *certain sens*, nuisibles. Il existe une certaine doctrine, communément acceptée, sur la nature et la finalité du procès pénal, qui semble prévaloir et mérite d'être considérée comme la « doctrine officielle ». La majorité des juges, des procureurs et des avocats semblent y avoir recours et l'accepter dans leurs plaidoyers. Je défendrai ici que le principe même de cette doctrine est incorrect, que cette incorrection se fait plus évidente encore dans les sociétés multiculturelles, et qu'elle est en contradiction avec ce que nous savons du procès lorsque nous restons au plus près de ce qui s'y produit réellement. La *doctrine officielle* en question est que le procès pénal est une manière de procéder qui recherche la vérité matérielle[2].

La doctrine officielle

Cette doctrine officielle semble dire que la *vérité* est une chose qui :

1. Existe a priori et est immuable ;
2. En conséquence, est indépendante de l'action des parties ;
3. Dont la découverte est la finalité du procès pénal ;
4. Les faits prouvés sont vrais lorsqu'ils relatent ce qui a effectivement eu lieu dans le passé, faits qui se reflètent dans l'esprit du juge et sont une reconstruction fidèle d'un passé qui est mis en jugement.

D'une certaine manière, l'on pourrait dire que cette vérité matérielle serait un objet réel, dissimulé par un rideau et attendant d'être découvert. A la fin de la procédure orale, le juge déchire le rideau et dans ses faits prouvés révèle à tous ce qui attendait derrière. Ainsi, il s'agirait donc d'un élément du passé, immuable, et susceptible d'être appréhendé par

un juge lancé à sa poursuite. En vient à se produire une identification entre une certaine conception de la manière dont nous acquérons la connaissance en tant qu'êtres humains et l'acquisition de cette connaissance dans le procès pénal.

Il faut tenir en compte que le juge ne perçoit pas non plus directement les faits car ce à quoi il assiste est une reconstruction de ceux-ci

Depuis cette perspective, qui intervient dans le processus n'a pas une importance particulière, puisque le résultat sera le même.

Cependant, toute personne qui ne perd pas de vue de ce qui se passe réellement dans le procès pénal sait que ce qui vient d'être exposé n'a rien de commun avec son déroulement quotidien dans les faits, ni même avec son *architecture interne*, puisqu'une telle conception ne serait pas compatible avec les règles de procédure qui le régissent, pas plus qu'avec les différents droits dont sont titulaires ceux qui y interviennent.

En somme, cette utilisation de l'expression "vérité matérielle" ne résiste pas à l'épreuve de la moindre vérification menée à partir de la *"vérité matérielle",* comprise comme « ce qui se passe en réalité lors du procès ».

Il faut tenir en compte que le juge ne « connaît » pas de la même manière qu'il le ferait dans le cadre de sa vie privée, mais qu'il le fait en accord avec les règles que permettent l'exercice du pouvoir juridictionnel et lui donnent sa légitimité. Il ne perçoit pas non plus directement les faits car ce à quoi il assiste est une reconstruction de ceux-ci, et ne dispose d'aucune possibilité de vérification par lui-même de ce qui lui paraît être un fait prouvé qui aurait eu lieu en réalité.

Procès inquisitoire

Ainsi décrite, la doctrine officielle est peut-être davantage propre à une procédure inquisitoire.

Dans le procès inquisitorial, l'idée de vérité matérielle sur laquelle l'on se fonde repose sur une conception descriptive de la vérité. La description factuelle des faits prouvés du jugement doit coïncider avec ce qui, dans le passé, à un moment donné, a eu lieu. C'est alors qu'ils reflètent la vérité.

L'exercice légitime du pouvoir judiciaire reposerait sur cette correspondance: l'énonciation des faits prouvés est le reflet de ce qui, en une occasion, s'est produit.[3]

Selon cette conception, il n'est pas étrange que le juge participe activement à cette recherche, et la séparation entre instruction et jugement n'a que peu de sens.

De cette dernière il a pu se dire que « la traduction de l'une ou l'autre au système du procès et l'application sans limites de ses critères convertirait ce dernier en une « *inquisitio generalis* » menée à bien sous l'œil vigilant du juge [4] ».

La conception du monde de l'Etat de droit

Lorsque nous, les êtres humains, décrivons le monde, notre description est modelée par nos choix conceptuels[5].

Pour autant, nous ne devrions pas imaginer que cela signifie qu'il existe un langage propre au monde, permettant de décrire ce dernier tel qu'il est « en lui-même », mais plutôt considérer que le langage est celui que les hommes ont créé.

La conception du monde dans le procès pénal d'un Etat de droit est décrite comme la *grammaire* des droits fondamentaux.

La conception du monde dans le procès pénal d'un Etat de droit est décrite comme la grammaire des droits fondamentaux

Procès pénal et Etat de droit

La caractéristique essentielle du procès pénal dans un Etat démocratique de droit est que le conflit doit être résolu, à travers un dialogue égalitaire, rationnel et informé entre les parties adverses, par un juge impartial et qui, au moment de prendre sa décision, partira de la présomption d'innocence de l'accusé comme règle de jugement[6].

En ce sens, « aucun prononcé factuel ou juridique ne peut être fait au cours du procès pénal s'il n'a pas été précédé de la possibilité de contradiction de son contenu » (STC 143/2001, du 18 juin)[7].

Les règles de procédure basiques relatives à la prise de décision seraient les droits fondamentaux. Depuis cette perspective, ce qui est fondamental est que la procédure soit « fair », puisque le résultat ne peut faire l'objet d'aucune garantie mais que peut en revanche être garantie la clarification discursive de toutes les questions de fait et de droit se révélant importantes[8].

Lors de la reconstruction du passé qui s'effectue au cours du procès pénal, nous n'avons en aucune manière un accès direct aux conditions de vérité de nos croyances empiriques[9]. Pour cette raison, «la résolution correcte, celle qui confère la protection judiciaire[10] à laquelle se réfère la Constitution, est celle qui s'ajuste le mieux à la valeur argumentative (en fait et en droit) des prétentions des plaideurs, dont les droits et les intérêts sont, précisément, ceux qui sont en jeu»[11].

A mon sens, cette conception limite l'exercice du pouvoir du juge et rend possible son contrôle, facilitant l'admission rationnelle du résultat du procès par les intervenants, tandis que celle développée antérieurement supposerait un élargissement excessif des limites du pouvoir exercé par les organes juridictionnels.

Vives Anton[12] a souligné, lors de son examen du « droit à la protection judiciaire comme droit à la résolution correcte » que :

L'enquête étatique, attribuée à un juge dont on postule que l'esprit est vierge et pur comme un miroir, et le jugement, au cours duquel le Tribunal, configuré selon le même modèle, peut aussi endosser le rôle

Il est nécessaire qu'en dernière instance il y ait un certain sens du fait que les normes sont relatives puisqu'en cas contraire l'on ne pourrait pas parler de norme, ni d'exercice du pouvoir juridictionnel, et ceci serait incompatible avec un régime de libertés

de protagoniste du débat, s'orientent vers l'établissement d'une objectivité externe et absolue qui, en tant que telle, s'impose absolument. Tel est le sens des principes d'officialité et de vérité matérielle, du moins tel que ce dernier s'entend communément. C'est aussi de là que prend son origine le fondement de la configuration doctrinale de l'objet du procès pénal comme un fait (...) Dans le domaine du savoir social, cependant, il n'existe aucune vérité objective que puisse trouver à lui seul un investigateur dépourvu de subjectivité. Concrètement, il ne s'agit pas tant, dans les jugements pénaux, d'établir l'existence de faits naturels précis, que d'interpréter une série d'éléments probatoires, distincts du fait-même que l'on cherche à prouver, et d'en tirer la conclusion appropriée. Ainsi, le procès ne cherche pas à reproduire objectivement ce qui s'est passé, mais consiste au contraire en un système d'argumentations et de contre-argumentations, d'apport de données et de discussion sur leur signification. Il ne peut donc être remis entre les mains d'un seul homme, aussi désintéressé et impartial soit-il. L'investigateur apportera, dans tous les cas, une version des faits qui doit être soumise à débat. Dans le débat se trouve l'essence même du procès, dont l'objectif ultime n'est pas d'atteindre une vérité comprise comme *adequatio intellectus et reí*, mais bien plus de résoudre « raisonnablement » les conflits entre parties. Le déroulement du procès, en tant que joute, doit principalement rester entre les mains des plaideurs et l'organe décisionnel ne peut avoir en principe d'autres fonctions que de faire respecter les règles du débat et, au final, le dirimer La régulation du procès ne doit pas, en conséquence, accabler l'organe juridictionnel en faisant porter sur ses épaules le poids de la recherche d'une vérité objective qui, en tant que telle, n'existe pas dans le domaine du jugement de l'action humaine, mais plutôt faire en sorte de situer les parties en position d'égalité et leur procurer les moyens nécessaires afin qu'ils puissent défendre leurs droits de façon convenable. La résolution correcte, celle qui confère la protection judiciaire à laquelle se réfère la Constitution, est celle qui s'ajuste le mieux à la valeur argumentative (*en fait et en droit*[13]) des prétentions des plaideurs, dont les droits et les intérêts sont, précisément, ceux qui sont en jeu (…). Mais la raison qui fonde la correction de la décision qui a été prise n'est pas la raison théorique qui capte une vérité matérielle, mais bien la raison pratique, qui choisit les lignes les plus plausibles de l'argumentation et parvient à un résultat susceptible de produire le consensus entre les intervenants du discours. La « vérité » des résolutions judiciaires n'est pas, par conséquent, une vérité objective ni une vérité absolue, c'est une vérité consensuelle. Un procès configuré pour se conformer, au-delà de ce consensus réel ou possible, exactement aux faits tels qu'ils se sont réellement passés, ne pourra jamais, en raison de la nature même de l'investigation qui s'y pratique, atteindre son objectif, pas plus qu'il n'aura probablement de chances d'atteindre même cette modeste vérité consensuelle que nous proposons ici comme sa finalité propre.

L'homme-juge

Ce qui a été exposé précédemment ne signifie pas que la première personne, au singulier (juge) ou au pluriel (tribunal) doive se cacher au fond de toutes les décisions des organes juridictionnels.

Les normes font partie du cadre objectif au sein duquel se produit le raisonnement juridique, ce qui est une négation du subjectivisme absolu. En premier lieu, parce qu'un présupposé de base est que ces dernières existent et sont susceptibles d'être connues de ceux qui interviennent dans le procès et, en second lieu, parce que, justement parce que ce sont des normes, tout ne peut pas être amené à concorder avec la norme[14]. En ce sens, il est nécessaire qu'en dernière instance il y ait un certain sens du fait que les normes sont relatives puisqu'en cas contraire l'on ne pourrait pas parler de norme, ni d'exercice du pouvoir juridictionnel, et ceci serait incompatible avec un régime de libertés.

La motivation du jugement joue un rôle essentiel. A travers elle se démontre la rationalité de la décision adoptée

Pour s'approcher de la façon dont doivent s'appliquer les normes pour le juge, l'on peut dire que l'idée fondamentale est celle de généralité[15]. De même, la caractéristique essentielle du raisonnement juridique (et du raisonnement en général) doit être la généralité. Quand le juge applique rationnellement la norme, il se propose de démontrer que son application est protégée par une autorité qui n'est pas seulement personnelle ou sociale (un état déterminé de l'opinion publique), mais universelle, et qui devrait aussi convaincre les autres d'être disposés à accepter cette application. La raison de la décision ne peut être une raison pour moi seul, je dois partir du fait que les raisons devraient pouvoir servir de justification pour tout autre individu qui serait en train de faire la même chose à ma place. Cela ne signifie pas qu'il n'y ait pas de recours possible contre les résultats de n'importe quel usage particulier de la raison, puisqu'il est facile de commettre des erreurs dans le raisonnement ou de se trouver totalement désorienté face aux conclusions que ce dernier nous permet d'inférer. Mais les corrections ou les doutes doivent provenir d'opérations additionnelles de la raison-même[16].

Ici, la motivation du jugement joue un rôle essentiel. A travers elle se démontre la rationalité de la décision adoptée et le fait qu'elle est celle qui s'ajuste le mieux à la valeur argumentaire (*en fait et en droit*[17]) des prétentions des plaideurs.

Il s'est dit que la motivation remplissait une double finalité, d'une part puisqu'elle extériorise le fondement de la décision, rendant de cette manière explicite que celle-ci répond à une interprétation et application du droit déterminée, et de l'autre puisqu'elle permet son éventuel contrôle juridictionnel par le biais des recours prévus par l'ordre juridique (en ce sens ATC 246/07). Ainsi, donc, la motivation permet de démonter que l'exercice du pouvoir est rationnel et rend possible son contrôle et, du même coup, son *acceptation rationnelle* par les citoyens.

Règles

La vérité est ce que les règles disent pouvoir être recueilli comme fait prouvé, c'est-à-dire, ce qui résulte être le mieux justifié à travers les règles du procès-même[18].

Les règles primaires et fondamentales de la procédure pénale doivent être les droits fondamentaux[19].

Seule la vérité obtenue dans le respect de ces règles de base que constituent les droits fondamentaux peut être considérée juridiquement valide. Ce que l'on essaie de connaître dans un procès pénal n'est pas le vrai en soi mais le juste et, par conséquent, le vrai uniquement dans la mesure où il fait partie du juste[20].

Seule la vérité obtenue dans le respect de ces règles de base que constituent les droits fondamentaux peut être considérée juridiquement valide. Ce que l'on essaie de connaître dans un procès pénal n'est pas le vrai en soi mais le juste

Par exemple, peut-être pourrait-on, par la torture et autres méthodes de cette nature, accéder à un type de connaissance qui dans certains cas nous rapprocherait davantage de ce que la doctrine officielle appelle « la vérité matérielle »[21], cependant, il est évident que les règles nous interdisent son utilisation, et qu'avec cela, ce qui constitue un progrès de la plus grande importance, nous accédons à un récit empreint d'une *vérité meilleure*[22].

En ce sens, un *usage* commun de *vérité matérielle* est en général son invocation pour qui a enfreint la règle et qui :

- Ou bien prétend que l'avantage obtenu avec cette infraction ne soit pas exclu,
- Ou bien que l'infraction des règles ne lui cause pas le préjudice prévu dans la loi.

Le tribunal constitutionnel espagnol

Parties du procès et droits fondamentaux

Si les règles primaires et fondamentales de la procédure pénale doivent être les droits fondamentaux, il convient de signaler de quels droits de cette nature sont titulaires les intervenants d'un procès pénal.

Vives Antón remarque qu'en ce qui concerne notre ordre juridique, nous devons partir de l'idée que les parties accusatrices, qu'il s'agisse du Parquet, de l'accusateur privé ou du demandeur populaire, exercent une prétention punitive dont l'Etat est titulaire. A travers elles, en effet, c'est l'Etat qui comparait pour demander justice ; mais une chose est qu'il puisse demander justice, et en est une autre qu'il puisse bénéficier de droits fondamentaux, car de tels droits sont des droits qui s'imposent *face à* l'Etat, non des droits de l'Etat ou du reste des personnes publiques. Aux Etats-Unis, on affirme avec clarté que « l'accusé a des droits fondamentaux, le peuple, non »[23].

Notre système de jugement, tel qu'il est configuré, reconnaît, en plus de l'action du Parquet, l'action populaire (art. 101 et concordants de la LECr.) et celle de celui qui a subit l'offense ou le préjudice lié au délit.

En ce qui concerne les droits processuels de la présumée victime dans l'actuel système espagnol, lorsque celle-ci se constitue comme partie civile, il doit être pris en compte que le TC (SSTC 148/94, 41/1997, 116/97, 138/99, 215/99, 168/2001, 178/2001 et 81/2002) concernant les droits processuels des parties accusatrices a constamment affirmé que ces dernières n'ont aucun droit à ce que s'impose ou s'aggrave une

condamnation pénale, restreignant de ce fait leurs droits constitutionnels à l'accès au procès et à la défense.

Et ceci parce que, comme l'affirme le jugement du Tribunal Constitutionnel 163/2001 du 11 juillet, le particulier ne dispose pas d'un droit fondamental constitutionnellement protégé à la condamnation pénale d'une autre personne (SSTC 157/1990, du 18 octobre, FJ 4 ; 31/1996, du 27 février, FJ 10 ;77/1996, du 11 novembre, FJ 11 ; 199/1996, du 3 décembre, FJ 5 ; 41/1997, du 10 mars, FJ 7 ; 74/1997, du 21 avril, FJ 5 ; 116/1997, du 23 juin, FJ 5 ; 218/1997, du 4 décembre, FJ 2 ; 67/1998, du 18 mars, FJ 2 ; 138/1999, du 22 juillet, FJ 5) ; en revanche, la victime du délit bénéficie du *ius ut procedatur,* c'est-à-dire, du droit à mettre en marche un procès, instruit en conformité avec les règles d'un procès juste, dans lequel puisse-t-être obtenue une réponse raisonnable et fondée en droit (pour toutes STC 218/1997, FJ 2, dans un sens similaire 41/1997, FJ 5 et STC 120/ 2000, du 10 mai, FJ 4). C'est-à-dire, dit la STC 163/2001, que le droit à la juridiction pénale pour faire procéder à l'application du *ius puniendi*, qui forme partie du droit fondamental à la protection judiciaire effective, ne doit pas être confondu avec le droit matériel à condamner, qui est de nature exclusivement publique et dont la prérogative revient à l'Etat (STC 157/1990, du 18 octobre, FJ 4).

Dans la mesure où ils peuvent subir l'intervention punitive de l'Etat, l'inculpé et l'accusé jouissent de garanties constitutionnelles, processuelles et substantielles, différentes et plus importantes que les autres intervenants du procès

De même qu'il n'existe pas un « principe de légalité inversé » qui octroie à l'accusateur un droit à la condamnation pénale lorsque se vérifient les conditions de celle-ci (STC 41/1997, du 10 mars, F. 4), il n'existe pas non plus une sorte de « droit à la présomption d'innocence inversé », revenant à l'accusé, qui exigerait la constatation d'une conduite délictueuse quand cette dernière serait la conséquence la plus raisonnable des vérifications effectuées.

Au contraire, en ce qui concerne l'inculpé, la STC 87/2001 signale que « lorsque l'on recourt au procès pénal, on réclame l'intervention du pouvoir de l'Etat sous sa forme la plus extrême – la peine criminelle –, une intervention qui implique une profonde ingérence dans la liberté de l'inculpé et au coeur du noyau le plus « sacré » de ses droits fondamentaux. Pour cette raison, chacune de ses phases – initiation (STC 111/1995, F. 3) ; inculpation judiciaire (STC 153/1989, F. 6) ; adoption de mesures de précaution (STC 108/1994 [F. 3) ; sentence condamnatoire (SSTC 31/1981, 229/1991 et 259/1994) ; droit de recours (STC 190/1994, F. 2), etc. – se trouve soumise à des exigences spécifiques qui garantissent à chaque étape du déroulement de la prétention punitive, et y compris avant même que le procès à proprement parler ne commence (STC 109/1986, F. 1), la présomption d'innocence et les autres garanties constitutionnelles de l'inculpé (F15) ».

Pour cette raison, la sentence du Tribunal constitutionnel n° 141/2006 (Première Chambre), du 8 mai affirme nouvellement que :

En effet, dans la mesure où ils peuvent subir l'intervention punitive de l'Etat, l'inculpé et l'accusé jouissent de garanties constitutionnelles, processuelles et substantielles, différentes et plus importantes que les autres intervenants du procès. En de multiples occasions, « nous avons mis en avant la différence notable qui, depuis la perspective des droits

Les droits de l'article 24 ne s'appliquent pas tous à toutes les parties du procès sans discrimination, puisque, en plus des droits processuels, qui concernent toutes les parties de procès, il en existe d'autres qui, en vue de rééquilibrer l'inégalité matérielle entre Etat et inculpé dans le cadre du procès, s'appliquent exclusivement à la défense

fondamentaux en jeu dans le procès pénal, existe entre les parties selon leur position d'accusatrice ou d'accusée » (STC 4/2004, du 16 janvier, F. 4; également, SSTC 41/1997, du 10 mai, F. 5; 116/1997, du 23 juin, F. 5). Cette asymétrie se justifie pleinement par la transcendance des intérêts qui sont en jeu, puisque « lorsque l'on recourt au procès pénal, on réclame l'intervention du pouvoir de l'Etat sous sa forme la plus extrême – la peine criminelle –, une intervention qui implique une profonde ingérence dans la liberté de l'inculpé et au coeur du noyau le plus « sacré » de ses droits fondamentaux » (SSTC 41/1997, du 10 mars, F. 5; 88/2003, du 19 mai, F. 7), et elle se façonne, entre autres, à travers le droit à être informé de l'accusation, à ne pas déclarer contre soi-même, à ne pas se déclarer coupable, à la révision de la condamnation, à ne pas être condamné deux fois pour la même chose, ou encore, le droit à la légalité des infractions et des sanctions. Que le débat au cours du procès doive se dérouler dans des conditions d'égalité, de manière à ce que tous les intervenants jouissent de la pleine capacité d'allégation et de preuve (SSTC 138/1999, du 22 juillet, F. 4; 178/2001, du 17 septembre, F. 3), et que pour cela tant l'accusateur que l'accusé détiennent la même garantie, n'implique pas, enfin, en raison de ce que nous avons déjà remarqué, qu'ils soient égaux en termes de garanties, puisque ne sont pas égaux les intérêts qu'ils risquent dans le procès pénal et que ce dernier n'est pas avant tout un mécanisme de solution d'un conflit entre eux deux, mais bien plus un mécanisme pour l'administration du *ius puniendi* de l'Etat, dans lequel « l'exercice du pouvoir punitif constitue l'objet même du procès » (SSTC 41/1997, du 10 mars, F. 5; 285/2005, du 7 novembre, F. 4).

Le droit à la présomption d'innocence est peut-être la principale manifestation constitutionnelle de la nécessité spéciale de protéger la personne d'une réaction punitive injustifiée de la part de l'Etat. Ce droit « sert de base à toute la procédure criminelle et conditionne sa structure (STC 56/1982, du 26 juillet, qui constitue « l'un des principes cardinaux du droit pénal contemporain, dans son aspect substantiel et formel » ; SSTC 138/1992, du 13 octobre; 133/1995, du 25 septembre), en tant qu'il bénéficie uniquement à l'accusé et lui octroie toute une série de garanties spécifiques à chacune des étapes du déroulement du procès (STC 41/1997, du 10 mars, F. 5). Par rapport à ce qui nous importe maintenant, comme critère pour la constatation des fait, comme règle présomptive, il suppose que « l'accusé arrive au jugement en tant qu'innocent et n'en peut sortir coupable que si sa condition initiale a été pleinement dénaturée à partir de preuve apportées par l'accusation » [SSTC 124/2001, du 4 juin, F. 9; 145/2005, du 6 juin, F. 5.a]. Comme nous le signalions auparavant, tandis qu'en général, dans les autres domaines de l'activité judiciaire, la conformation des faits qui servent de point de départ à la résolution d'un conflit ont transcendance constitutionnelle parce qu'ils affectent un droit fondamental lorsqu'ils sont le résultat d'une erreur évidente, de telle façon qu'il n'y a pas lieu de qualifier la réponse judiciaire comme protection judiciaire, lorsqu'il s'agit de rendre caduque la présomption d'innocence de l'accusé il sera nécessaire que la conduite délictueuse qu'on lui impute soit solidement appuyée par des preuves à charge qui aient été mises en oeuvre avec les garanties de « défense effective » et de « justesse de la valorisation » nécessaires (STC 112/2005, du 9 mai, F. 2). De même qu'il n'existe pas un « principe inversé de légalité », qui reconnaisse à l'accusateur un droit

à la condamnation pénale lorsque se vérifient les conditions de celle-ci (STC 41/1997, du 10 mars, F. 4), il n'existe pas non plus un « droit à la présomption d'innocence inversé », qui reviendrait à l'accusateur et exigerait le constatation d'une conduite délictueuse quand celle-ce serait la conséquence la plus raisonnable des vérifications effectuées.

Ainsi, l'arrêt du Tribunal Constitutionnel n°63/1997 (Première Chambre, 2e section), du 6 mars, Recours en garantie des droits[24] n°212/1997 signale que les droits de l'article 24 ne s'appliquent pas tous à toutes les parties du procès sans discrimination, puisque, en plus des droits processuels, qui, pour être consubstantiels à l'idée même de procès (comme c'est par exemple le cas du droit à la protection juridique effective, de « l'égalité des armes », du droit à la preuve, etc.), concernent toutes les parties de procès, il en existe d'autres qui, en vue de rééquilibrer l'inégalité matérielle entre Etat et inculpé dans le cadre du procès, s'appliquent exclusivement à la défense. Ainsi, la Tribunal Constitutionnel a déclaré que des droits comme le droit à un juge impartial ou au principe accusatoire (STC 136/1992), la présomption d'innocence et, bien entendu, le droit pénal à la défense assistent exclusivement l'inculpé, ne pouvant par conséquent être réclamés par les parties qui exercent l'accusation.

L'exclusion de la connaissance acquise en violation de droits fondamentaux

Nous ne prétendons pas ici procéder à l'analyse d'un sujet si complexe, mais simplement mettre en évidence quelques considérations sur les fondements de l'exclusion.

Au départ, le Tribunal Constitutionnel espagnol fonda l'exclusion de la manière suivante dans la STC 114/1984 (antérieure à la réforme de la LOPJ) :

2. Dans le cas présent, ce que reproche en réalité le demandeur aux actuations judiciaires est d'avoir pris leur décision à partir d'une preuve obtenue de manière illicite. Que ceci se soit ou non produit, ce qui est sûr est qu'il n'existe pas de droit fondamental autonome à la non réception juridictionnelle des preuves dont l'origine pourrait être antijuridique. L'impossibilité de prise en compte dans le procès peut exister dans certains cas, non en vertu d'un droit fondamental auquel on pourrait considérer qu'il a été porté atteinte dans ses fondements, mais comme expression d'une garantie objective et implicite relative au système des droits fondamentaux, dont la vigueur et la primauté peut exiger le rejet de toute preuve obtenue en portant atteinte à ces derniers. Il convient pour cela de faire apparaître clairement que l'éventuelle réception d'une preuve acquise de façon antijuridique n'implique pas nécessairement l'atteinte à un droit fondamental. Pour autant, ceci ne signifie pas que l'admission de la preuve obtenue illégalement – et la décision à laquelle elle sert de fondement – soient systématiquement étrangères au domaine des droits fondamentaux garantis par le recours en garantie des droits. Une affectation de cette nature – et le possible dommage qui en résulte – ne peut être exclue en théorie, mais ceci se produira uniquement en référence aux droits qui acquièrent leur existence dans le domaine du procès (art. 24.2 de la Constitution).

En somme, on peut mentionner la doctrine établie par la Cour Suprême des Etats-Unis au sujet de la « evidence wrongfully obtained » et de la « exclusionary rule », en vertu de laquelle, de manière générale, le matériel probatoire obtenu en violation du IVe Amendement de la Constitution ne saurait être admis. Ainsi, dans Etats-Unis vs. Janis (1976), la Cour déclara que « … la règle selon laquelle doit être exclue une preuve obtenue en violation du IVe Amendement de la Constitution a pour objectif de garantir les droits généralement reconnus par ledit amendement à travers la dissuasion (de la violation-même) bien plus qu'elle n'est l'expression d'un droit constitutionnel subjectif de la partie offensée… ».

Il faut donc réaliser la pondération des intérêts en jeu (intérêt public d'obtention de la vérité processuelle et également intérêt à la reconnaissance de la pleine efficacité des droits constitutionnels) pour accueillir l'un ou l'autre de façon préférentielle dans la décision. Il n'existe pas, en conséquence, de droit constitutionnel à la non réception d'une preuve illicite.

De ceci découle une première correction au fondement du procès tel qu'exprimé par le demandeur du présent recours en garantie des droits. La prétendue lésion juridictionnelle des droits reconnus par l'article 18.3 de la Constitution est ici infondée et il n'est pas possible d'imputer aux résolutions contestées une violation directe et immédiate du droit de l'appelant au secret de ses communications.

3. D'une autre nature est le problème que soulève le recours à propos de l'article 24.2 de la Constitution, étant donné que sur ce point le reproche adressé aux actions du juge et, plus précisément, à la réception par ce dernier d'une preuve taxée par la partie – en cassation et devant ce même tribunal – d'illégitime pour porter atteinte aux droits reconnus par l'article 18.3 de la Constitution, possède une pertinence initiale puisque dans le cas où l'illégalité de l'obtention de la preuve se révélerait réelle et où il serait possible d'inférer de notre ordre juridique une règle imposant son inefficacité processuelle, il faudrait conclure que la décision juridictionnelle basée sur un matériel probatoire de cette nature a pu affecter le droit fondamental de l'appelant à un procès avec toutes les garanties (article 24.2 de la Constitution) et, avec cela, le droit à l'égalité des parties dans le procès (article 14 de la Constitution).

Envisager les choses de cette manière oblige à réaliser diverses investigations successives. Il est en premier lieu nécessaire de déterminer le bien-fondé ou non de l'emploi, dans notre Droit, d'instruments probatoires qui aient une cause illicite. Il faut préciser, ensuite, si, une fois admis l'éventuel manque de fondement dans un cas particulier, le fait que le juge n'en eût pas eu connaissance est pertinent dans le recours en garantie des droits parce qu'il affecte les droits fondamentaux des citoyens. Et il faut enfin tenir compte de si, dans le cas concret soulevé ici, s'est produit ou non au cours de l'obtention de la preuve un dommage extra-processuel aux droits reconnus par l'article 18.3 de la Constitution.

Il n'existe pas dans notre ordre juridique de norme qui impose explicitement de ne pas considérer comme preuve celles qui, proposées

par les parties, ont été obtenues de manière antijuridique. Il a été mis en avant par la doctrine que le juge aura toujours la possibilité de ne pas accepter la preuve obtenue dans de telles conditions : toutefois ce refus ne peut en aucun cas se baser sur une résolution légale explicite, mais repose sur l'appréciation purement subjective du juge, sur la base de l'article 556 de la LECr, en raison de la non pertinence ou inutilité de la preuve, et ceci en rapport à son contenu et non aux circonstances éventuelles qui aient pu présider son obtention. A ce sujet, les opinions doctrinales et les solutions acceptées dans les différents ordres juridiques divergent.

Il n'y a pas non plus de lignes jurisprudentielles uniformes dans le droit comparé. En général, les pays du « common law » font prévaloir l'intérêt public à l'obtention de la vérité processuelle sur la possible cause illicite de la preuve, à l'exception notable du droit nord-américain, qui rejette la preuve obtenue illégalement, uniquement dans le cas où l'irrégularité de procédure portant atteinte à un droit constitutionnel a été perpétrée par un agent public. Une solution en partie semblable a prévalu au sein du droit français, dans lequel au moins une partie de la jurisprudence tend à considérer comme « nulle » toute preuve obtenue par l'enregistrement illégal de conversations téléphoniques (voir par exemple en ce sens la Sentence du Tribunal de Cassation du 18 mars 1955). Dans l'ordre juridique italien, le débat doctrinal autour du bien-fondé des preuves obtenues illégalement a été en partie tranché – en ce qui concerne spécifiquement les preuves de nature « inconstitutionnelle » – par la Sentence n° 34 de 1973, de la Cour Constitutionnelle, et par la loi n° 98, de 1974, qui réforma le Code de Procédure Pénale dans le sens établit par la décision juridictionnelle auparavant citée. La sentence de la Cour déclarait que : « … le principe énoncé dans le premier alinéa de la norme constitutionnelle (art. 15 : « liberté et secret des communications ») se verrait gravement compromis si, venant de l'intéressé, pouvaient avoir valeur d'indices ou preuves des interceptions téléphoniques obtenues illégalement, si elles n'ont pas été précédées d'une résolution judiciaire motivée».

Dans ce cas, en outre, la Cour italienne ne se limita pas à cette mise en garde, mais énonça un principe de caractère général du plus grand intérêt, selon lequel « les conduites réalisées en infraction aux droits fondamentaux ne peuvent servir de présupposé ni de fondement aux actes d'un procès engagé sur la requête de la personne responsable de ces agissements constitutionnellement illégitimes ».

Dans le droit espagnol, le problème de la preuve obtenue de façon illicite reste ouvert en raison d'une absence de disposition explicite. Le recours à la voie interprétative imposé par l'article 10.2 de la CE n'est pas concluant, car il n'existe pas de déclaration du Tribunal Européen des Droits de l'Homme à ce sujet. Existe cependant une résolution qu'il serait bon, dans ce cadre, de mentionner, bien qu'il ne soit pas nécessaire de prendre son sens en considération dans notre droit, sur la base de l'article 10.2 de la Constitution auparavant cité. Il s'agit de la résolution adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 12 novembre 1971, qui a résolu le cas Scheichelbauer, partant de l'action en justice intentée contre l'Etat autrichien. Dans cette décision, il fut convenu que n'avait pas impliqué violation de l'article 6.1 de la

Dans le droit espagnol, le problème de la preuve obtenue de façon illicite reste ouvert en raison d'une absence de disposition explicite. Le recours à la voie interprétative imposé par l'article 10.2 de la CE n'est pas concluant, car il n'existe pas de déclaration du Tribunal Européen des Droits de l'Homme à ce sujet

En réalité, le problème de la recevabilité de la preuve acquise de façon illicite se pose toujours dans un contexte d'intérêts croisés, où il faut effectuer un choix entre l'obligation de rechercher la vérité dans le procès et la garantie des situations juridiques subjectives des citoyens

Convention (droit à la juridiction) l'utilisation comme moyen de preuve par un tribunal national d'un enregistrement phonographique qui fut récusé en raison de la manière dont il avait été obtenu par l'appelant. Indépendamment du fait que la seule interprétation qui importe est, selon l'article 10.2 de la Constitution, celle, juridictionnelle, du Tribunal Européen, et non celle du Comité des Ministres, ce qui est sûr est que, dans le cas présent, cet organe ne se préoccupa pas, dans sa brève résolution, de savoir si l'enregistrement controversé avait constitué ou non un attentat à l'intimité (art. 8 de la Convention) mais, considérant qu'il avait uniquement été appelé à statuer sur la violation ou non de l'article 6 du même texte, limita son accord à cet aspect spécifique.

4. Même en l'absence d'une règle légale explicite qui établisse l'interdiction dans le procès de la preuve illicitement acquise, il faut reconnaître que dérive de la position préférentielle des droits fondamentaux dans l'ordre juridique et de leur définition comme « inviolables » (art. 10.1 de la Constitution) l'impossibilité d'admettre dans le procès une preuve obtenue par violation d'un droit fondamental ou d'une liberté fondamentale. Pour nous, il ne s'agit pas dans ce cas de trancher de façon générale la problématique relative au procès de la preuve avec cause illicite, mais, de manière plus limitée, de constater la « résistance » face à celle-ci des droits fondamentaux, qui présentent la double dimension de droits subjectifs des citoyens et « d'éléments essentiels d'un ordre juridique objectif de la communauté nationale, dans la mesure où cette dernière se constitue comme cadre de vie en commun juste et pacifique… » - Sentence de ce Tribunal 25/81, du 14 juillet, fondement juridique 5). Cette garantie dérive donc de la nullité radicale de tout acte – public ou, le cas échéant, privé – qui viole les situations juridiques reconnues dans la première section du chapitre deux du titre I de la Constitution, ainsi que de la nécessité institutionnelle de ne pas valider, en leur reconnaissant par là une effectivité, les infractions faites à ces droits fondamentaux (le « deterrent effect » défendu par la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis). Nous sommes donc en présence d'une garantie objective de l'ordre de liberté, articulé dans les droits fondamentaux, et non pas – en fonction de ce qui a été dit – en présence d'un principe de l'ordre juridique qui pourrait se matérialiser dans la reconnaissance à la partie du droit subjectif correspondant avec la condition de droit fondamental.

En réalité, le problème de la recevabilité de la preuve acquise de façon illicite se pose toujours dans un contexte d'intérêts croisés, où il faut effectuer un choix entre l'obligation de rechercher la vérité dans le procès et la garantie – par l'ordre juridique dans son ensemble – des situations juridiques subjectives des citoyens. Ces dernières peuvent éventuellement céder le pas devant la première exigence quand leur base est strictement infraconstitutionnelle mais non quand il s'agit de droits fondamentaux qui trouvent leur origine, directe ou indirecte, dans la norme originelle de l'ordre juridique. Dans ce cas on peut faire appel à l'exigence prioritaire de garantir leur pleine effectivité, reléguant à un second plan les intérêts publics liés à la phase probatoire du procès.

Cette conclusion n'irait pas à l'encontre de la doctrine déjà établie par ce Tribunal dans les arrêts du 21 mars et du 6 mai 1984, par lesquels furent déclarées inadmissibles les recours en garantie des

droits 764/1983 et 766/1983. Il est vrai que, dans ces résolutions, le Tribunal n'a pas admis les invocations de la partie fondées sur le fait que l'arrêt d'accusation sur lequel il était fait appel avait été rendu sur la base de mouvements probatoires obtenus de façon illicite, mais il n'en demeure pas moins que le problème alors soulevé était qualitativement différent de celui posé par le présent recours. Dans ces demandes là, le demandeur s'était limité à invoquer de manière abstraite une doctrine, sans s'appuyer de façon spécifique sur la Constitution, et à déclarer, sans plus de précisions, qu'il y avait eu de graves infractions juridiques dans l'obtention des instruments probatoires dont il attaquait l'utilisation. Cette faille « alléguée de façon abstraite » - ainsi que le souligne l'arrêt du 16 mai dans son fondement juridique 3 «in fine» - ne pouvait en réalité faire l'objet d'une attention par le Tribunal, moins encore quand, ainsi qu'il fut également indiqué, l'illégitimité invoquée dans la création de la preuve aurait dû faire l'objet d'une déclaration en ce sens du Tribunal compétent. De plus, dans ce cas, l'appelant – comme le remarque le Tribunal – aurait pu présenter cette plainte au moment de l'arrêt d'accusation, au cours de la phase plénière du procès pénal, moment où il y aurait eu la possibilité de juger du caractère fondé ou infondé de cette allégation. Pour cela – et parce que, selon ce qui a déjà été dit, le demandeur ne fit aucun lien entre la prétendue illégalité dans l'obtention de la preuve et la défense d'un droit fondamental qui aurait été violé par cette acquisition non régulière – le Tribunal fut alors dans l'obligation de déclarer que le problème posé était un simple problème de légalité, et en tant que tel, sans rapport avec le domaine du recours en garantie des droits.

5. Tout ce qui a été dit dans le paragraphe précédent nous permet de centrer la dimension constitutionnelle que peut contenir le problème exposé dans le présent recours en garantie des droits. On peut soutenir l'irrecevabilité dans le procès des preuves obtenues par violation de droits fondamentaux, mais ceci n'est pas suffisant pour permettre de juger de l'importance constitutionnelle du problème, à moins qu'il ne soit considéré qu'existe un rapport entre la possible ignorance juridictionnelle d'un tel principe et un droit ou une liberté de ceux qui peuvent faire l'objet d'un recours en garantie des droits par la voie constitutionnelle. Si aucun droit fondamental n'a été affecté (et il ne peut pas être entendu, ainsi que nous l'avons déjà dit, que le droit violé par la réception juridictionnelle de la preuve est le même que celui qui l'a déjà été hors-procès à l'occasion de l'obtention de cette dernière), il faudra conclure que la question manque de transcendance constitutionnelle requérant un procès en garantie des droits.

Ce type d'affectation existe, cependant, et consiste précisément à ce que, une fois constatée l'irrecevabilité des preuves obtenues en violation de droits fondamentaux, leur réception au procès implique d'ignorer les « garanties » propres au procès (art. 24.2 de la Constitution), impliquant également une consécration institutionnelle inacceptable de l'inégalité entre les parties dans le procès (art. 14 de la Constitution), inégalité que s'est procurée à son avantage de façon antijuridique celui qui a obtenu des instruments probatoires au mépris des droits fondamentaux d'autrui. Le concept de « moyens probatoires appropriés », qui apparaît dans ce même article 24.2 de la Constitution en vient ainsi à incorporer, en plus de son sens essentiellement technico-processuel, une portée également

substantielle, en vertu de laquelle ne pourra jamais être considéré « approprié » un instrument probatoire obtenu de cette manière.

Les droits fondamentaux ne sont pas seulement des garanties face aux pouvoir publics mais, peut-être de façon primaire, ils représentent les règles basiques de procédure auxquelles doit s'ajuster la prise de décisions dans n'importe quel système démocratique

L'éventuelle lésion considérée ici ne peut pas être rejetée – dans cet exposé préliminaire – en alléguant, ce que souligne la Sentence du Tribunal Suprême et du Parquet, que la preuve taxée d'illégitime n'aurait pas été la seule présentée au procès, ni le seul instrument, par conséquent, à partir duquel le juge aurait formé sa conviction et sa postérieure décision. Il ne s'agit déjà plus seulement du fait que, dans le présent recours, nous soyons, plus qu'en présence de deux preuves distinctes, en présence de ce qu'il est de rigueur d'appeler un « concours instrumental » (preuve documentaire et, au dessus d'elle, preuves testimoniales) dans lequel se trouve être discutable l'indépendance respective de chaque instrument. Il s'agit, avant tout, du fait que la valorisation de ces instruments sera toujours faite par le juge de manière synthétique, une fois ces derniers admis, avec pour conséquence que la garantie considérée ici resterait lésée à partir du moment où vient à former partie de cette liste de moyens probatoires celui qui apparaît marqué par un vice d'inconstitutionnalité dans sa formation même.

Tomas Vives Antón[25] objectait à cette forme de raisonner, malgré la justesse de la résolution en d'autres aspects, qu'elle comportait certaines insuffisances, une sorte d'*erreur catégorielle*. Il remarque que le fondement de la sentence concernant l'impossibilité de recevoir au procès une preuve obtenue en violation d'un droit ou d'une liberté fondamentale réfléchit en termes *valoratifs* et suppose que des considérations *déontologiques* conduisent à une conséquence épistémologique (l'exclusion de la preuve illicitement obtenue).

Vives remarque que cette façon de raisonner paraît, à première vue, fallacieuse : il faudrait punir une infraction commise au moment de l'obtention de la preuve, sans préjudice de reconnaître son éfficacité, en vue de trouver la vérité. Il n'est pas non plus suffisant de recourir à des considérations d'*efficacité*, comme le fait la STC du 8 avril (fondement juridique 8) puisque n'apparaît pas clairement quand il est nécessaire de recourir à cette dissuasion, ni jusqu'à quel point il est réellement nécessaire d'y recourir.

Selon lui, le thème doit être posé directement en termes *épistémologiques*. Et il fait la remarque suivante :

Les droits fondamentaux ne sont pas seulement des garanties face aux pouvoir publics, ni la concrétion d'une série de valeurs substantielles que la Constitution incorpore, mais, peut-être de façon primaire, ils représentent les *règles basiques de procédure* auxquelles doit s'ajuster la prise de décisions dans n'importe quel système démocratique.

La démocratie est, précisément, ce système de gouvernement dans lequel les processus de décision seulement peuvent être jugés corrects si les citoyens y ont directement ou indirectement participé et si cette participation a été le fruit d'un choix libre et rationnel.

Dans le procès pénal, qui ne doit pas être autre chose que l'un des processus utilisés en démocratie, il s'agit d'arriver à une résolution correcte ;

mais « correcte » ne signifie pas uniquement « vraie ». Le problème du procès pénal n'est pas seulement de connaître la vérité matérielle, si cette dernière peut toutefois jamais s'affirmer avec certitude, mais aussi que la vérité établie soit le résultat d'un processus légitime, qui ne penche en faveur d'aucune des parties et dans lequel aucune de celles-ci n'ait des possibilités exorbitantes qui mettraient l'autre en position de désavantage.

Seule la vérité obtenue dans le respect de ces règles basiques que sont les droits fondamentaux peut être jugée juridiquement valable. Ce qu'il s'agit de connaître dans un procès judiciaire n'est pas, cela va sans dire, la vérité en soi, mais le juste et, en conséquent, le vrai seulement dans la mesure où il forme partie du juste.

S'il en est ainsi – et il semble bien qu'il en soit ainsi – les droits fondamentaux délimitent le chemin à suivre pour obtenir des connaissances juridiquement valables. Celles obtenues en portant tort à ces droits devront, dans tous les cas, être rejetées : ce n'est pas seulement que leur « vérité » se trouve être suspecte, mais qu'elle ne peut pas même être prise en considération.

Et cette conception est celle que reprit postérieurement le Tribunal Constitutionnel espagnol. Ainsi le fait la Sentence du Tribunal Constitutionnel n° 81/1998 (Plénier), du 2 avril, après avoir déclaré que : déjà dans la STC 25/1981, fondement juridique 5, il était dit que les droits fondamentaux avaient un caractère double. « En premier lieu, les droits fondamentaux sont des droits subjectifs, droits des individus non seulement comme droits des citoyens au sens strict, mais en tant qu'ils garantissent un statut juridique ou la liberté dans un domaine de l'existence. Mais ils sont en même temps des éléments essentiels d'un ordre juridique objectif de la communauté nationale, en tant que celle-ci se constitue comme cadre de coexistence humaine juste et pacifique, historiquement reflétée dans l'Etat de droit et, plus tard, dans l'Etat social de droit et l'Etat social et démocratique de droit, selon la formulation de notre Constitution (art. 11). »

Et il affirme : « Ainsi, ces affirmations, qui se projettent sur tous les droits fondamentaux, ont, en ce qui concerne les droits que nous avons qualifié de substantiels, une conséquence particulière. En tant qu'éléments essentiels de l'ordre juridique objectif de la communauté nationale constituée en Etat de droit, les droits fondamentaux substantiels acquièrent une dimension procédurale : ils sont les règles de base de toutes les procédures de la démocratie, de telle sorte qu'aucune ne puisse être qualifiée de constitutionnellement légitime si elle ne les respecte pas au cours de son déroulement ou si elle les amoindrit ou porte attente à leurs conclusions[26] ».

Les droits fondamentaux substantiels acquièrent une dimension procédurale : ils sont les règles de base de toutes les procédures de la démocratie, de telle sorte qu'aucune ne puisse être qualifiée de constitutionnellement légitime si elle ne les respecte pas au cours de son déroulement ou si elle les amoindrit ou porte attente à leurs conclusions

Notes

1. J'espère que le lecteur potentiel saura pardonner les erreurs que je suis certain d'avoir commis. Je ne peux garantir non plus que les auteurs cités aient voulu donner à leurs paroles le sens que je leur donne ici. Je tiens à remercier Carles Gómez pour sa traduction lors du séminaire, qui a certainement ajouté de la valeur à tout ce que j'ai pu dire.
2. Linch Michael P. dans *"La importancia de la verdad (para una cultura pública decente)"*, Paidós Transiciones 2005, essaie, dans sa première partie dédiée aux mythes cyniques et au sein de ce qu'il appelle les évidences sur la vérité, de démontrer son affirmation de ce que "la vérité est objective" et croit y parvenir en déclarant simplement : « Si je sais une chose, c'est que ni moi ni personne ne savons tout. Il existe des choses que nous ne saurons jamais et d'autres que nous pensons que nous savons mais ce n'est pas le cas. S'ils acceptent cette démonstration de sens commun, ils admettront alors la première évidence sur la vérité: la vérité est objective. » Cependant, je crois que des affirmations de ce type ne démontrent rien, pas plus qu'il ne nous informe sur la question des critères de l'utilisation rationnelle du terme "connaître », ni même sur la possibilité ou non d'établir à présent des critères immuables pour cette utilisation rationnelle de « connaître », ou si ces derniers peuvent changer dans le futur.
3. VIVES ANTON « La presunción de inocencia en la Ley del Jurado » dans: *La Ley del jurado: Problemas de aplicación práctica* 45/2003 CGPJ: « En effet, l'idée de vérité matérielle sur laquelle se base le principe fondamental du procès inquisitoire repose sur une conception descriptive de la vérité. La vérité est quelque-chose que l'on peut établir en comparant simplement l'énoncé et la chose, ce qui s'est produit et la description qui en est faite. C'est cette conception de la vérité qui a historiquement présidé à la configuration du procès pénal: les faits qui assoient la décision sont vrais lorsqu'ils racontent ce qui s'est réellement passé. Ainsi, l'énonciation des faits prouvés doit être un reflet spéculatif de la réalité. Mais cette façon de concevoir la vérité dans le procès ne prend pas en compte que, lorsque ce dernier prend fin, les faits ont disparu et le miroir ne reflète déjà plus rien. Il ne reste que des récits divers entre lesquels il faut choisir en évaluant impartialement les différents discours justificatifs. »
4. VIVES ANTÓN, *La reforma del proceso penal* p.280 Valence 1992, fait référence, au sein de conceptions épistémologiques de la vérité, aux théories de la correspondance: le réalisme et l'empirisme.
5. PUTNAM Hilary, *El pragmatismo,* Gedisa 1999, p.49: « Kant observe que chaque fois que nous, êtres humains, décrivons quelque élément du monde, notre description est modelée par nos choix conceptuels. Mais dire que nos descriptions du monde sont modelées par nos choix conceptuels ne se réfère pas simplement à un trivial conventionnalisme sémantique et se distingue clairement du fait que nous puissions décrire quelque-chose en disant qu'il fait plus ou moins un mètre de long ou, comme alternative, qu'il mesure trente-neuf pouces virgule trois. Kant veut dire que nous décrivons le monde selon des perspectives différentes, comme, par exemple, du point de vue scientifique et du point de vue moral, et qu'aucune des deux descriptions n'est réductible ou interchangeable avec l'autre; si bien qu'il considérait – et je pense qu'il avait raison – qu'aussi bien nos images morales que nos images scientifiques pouvaient être correctes. »
6. Viver Pi i Sunyer, opinion dissidente au jugement de la salle plénière du *Tribunal Constitucional* du 20.7.1999 B.O.E. 18.8.1999 auquel adhèrent Julio Diego Gonzalez Campos, Tomás S. Vives Antón, et Maria Emilia Casas Baamonde.
7. Un sens usuel de la justice consisterait essentiellement en l'élimination des distinctions arbitraires et la création, au sein de la structure d'une pratique, d'un équilibre approprié entre prétentions rivales, John RAWLS *Justicia como equidad*, p.79 Tecnos 1999.
8. « Les droits processuels garantissent à toute personne juridique la prétention à une procédure "fair", laquelle ne garantit pas la sûreté du résultat, mais garantit par contre la clarification discursive de toutes les questions de fair et de droit qui se trouvent être pertinentes. » tiré de Jürgen HABERMAS, "*Facticidad y Validez*", p. 291, Madrid 1998.
9. « Il n'existe aucun accès direct, aucun accès qui ne sois filtré par le discours, aux conditions de vérité de nos croyance empiriques », Jürgen HABERMAS, *Verdad y Justificación,* p. 50 Trotta 2002.
10. "*Tutela judicial efectiva"* dans l'original en espagnol. *N. du T.*

11. VIVES ANTÓN, *La reforma del proceso penal* p. 247 Valence 1992. Tirant Lo Blanch. Egalement, du même auteur, dans *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*, dans "*La libertad como pretexto*" p. 280, 281 et 282 et dans *Poder Judicial* numéro spécial II 1987, Justicia Penal, Consejo General Poder Judicial, p. 105 et 106. .
12. VIVES ANTON *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal,* dans *"La libertad como pretexto"* et dans Poder Judicial número especial II 1987, Justicia Penal, Consejo General Poder Judicial.
13. En français dans le texte. *N. du T.*
14. Puisque s'il en était ainsi, on ne pourrait pas parler de norme. Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas Crítica,* note 201: « Notre paradoxe était le suivant: une règle ne pouvait déterminer le cours d'aucune action puisque toute action pouvait voir son cours être amené à concorder avec cette règle. La réponse était : si tout peut être amené à concorder avec la règle, de même tout peut donc être amené à ne pas être en accord avec cette dernière. D'où il se déduit qu'il n'y aura ni concordance ni discordance. (...). » et il continue dans la note 202: « Par conséquent, "suivre la règle" est une pratique. Et *croire* suivre la règle n'est pas la suivre. Et par conséquent, il n'est pas possible de suivre la règle « dans le domaine privé » parce qu'au contraire, croire suivre la règle serait alors le même que de la suivre » et à la 241, il indique : « Tu affirmes, donc, que la concordance des hommes décide de ce qui est vrai et de ce qui est faux ? – Vrai ou faux est ce que les hommes *disent* ; et les hommes concordent à travers le *langage*. Ceci n'est pas une concordance d'opinion mais de forme de vie ». Andrei MARMOR, *Interpretación y teoría del derecho*, Gedisa 2000, Barcelone, p.167 affirme: «Il est possible de résumer le quid de la thèse de Hart de la façon suivante: la formulation des normes juridiques dans un langage naturel a pour conséquence le fait que leur signification dépend, avant tout, de la signification des mots-concepts employés dans ces formulations. Etant donné que la signification d'un mot-concept consiste (*inter alia*) en son utilisation, il doit toujours exister des exemples standards dans lesquels l'application du mot-concept ne pose pas problème. Hart appelle ceci le noyau de la signification. Cependant, étant donné que la majeure partie des mots-concepts de notre langage sont un peut vague et n'ont pas de signification totalement déterminée, son application aux faits impliquera toujours quelques cas douteux, que Hart appelle halo, et qui consiste en l'absence d'accord sur l'applicabilité du mot. Dans ces cas là, l'ajustement entre les faits et les mots-concepts est une question qui doit être déterminée en accord avec diverses considérations non linguistiques, comme l'intention supposée par la règle. » A mon sens, dans le procès pénal espagnol, il est nécessaire, pour que l'on puisse parler de liberté dans un Etat de Droit, que les citoyens puissent, dans le domaine du droit pénal, connaître a priori les conséquences de leurs actions, et cela requière l'existence d'un sens défini dans les préceptes pénaux sur lequel il ne puisse-t-y avoir d'*interprétation* et qui permette aux citoyens de disposer de choix dans leurs actions. Le corrélat de cette exigence dans le domaine du procès pénal est que la totalité des éléments qui configurent l'appréciation du précepte pénal doivent apparaître cités dans la première conclusion des écrits de qualification des accusations. Pensez que la sentence du Tribunal Européen des Droits de l'Homme de Strasbourg du 25 mars 1999, cas Pelissier et Sassi contre la France rappelle que les dispositions de l'alinéa 3 a) de l'article 6 (Convention pour la Protection des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales) montrent la nécessité d'apporter un soin extrême à la notification de « l'accusation » à l'intéressé. Ainsi, le Tribunal signale que l'acte d'accusation joue un rôle déterminant dans les applications pénales : à partir de sa notification, la personne mise en cause est officiellement informée par écrit de la base juridique et de fait des imputations qui se formulent contre elle (Sentence Kamasinski contre Austria du 19 décembre 1989, série A n°168, p. 36-37, par.79) et ajoute : « ... l'article 6.3 a) de la Convention reconnaît à l'accusé le droit d'être informé non seulement du motif de l'accusation mais aussi de la qualification juridique donnée à ces faits et ceci, comme l'indique justement la Commission, de manière détaillée. » Et ceci en affirmant qu'il existe un lien entre les alinéas a) et b) de l'article 6.3 et que le droit à être informé de la nature et du motif de l'accusation doit s'envisager à la lumière du droit de l'accusé à préparer sa défense… »
15. D'après NAGEL Thomas, *La última palabra*. Gedisa, Nagel remarque que quiconque en appelle à la raison se propose de découvrir une source d'autorité qui ne soit pas simplement personnelle ou sociale mais universelle et qui devrait également convaincre les autres pour peu qu'ils soient disposés à lui prêter attention et ajoute que « la caractéristique essentielle du raisonnement est

son caractère général. Si j'ai des raisons pour conclure, croire, désirer ou faire quelque-chose, ces dernières ne peuvent être des raisons pour moi seul : ces raisons devraient pouvoir servir de justification pour toute personne qui ferait la même chose au même endroit. Ceci laisse ouverte la question de savoir en quoi consisterait pour un autre de se retrouver « à ma place ». Mais toute affirmation de que ce qui est une raison pour moi n'est pas une raison pour qu'un autre en arrive à la même conclusion doit être appuyée de raisons supplémentaire afin de démontrer que cette déviation apparente de la généralité se peut expliquer en des termes qui sont, eux, généraux. Le caractère général des raisons signifie que ces dernières ont cours non seulement en des circonstances identiques mais aussi dans des circonstances relativement similaires (et que ce qu'est similitude ou différence se peut expliquer à travers des raisons également générales). Idéalement, l'objectif est de parvenir à des principes universels et dans exceptions. Raisonner est penser de manière systématique dans des formes que quiconque qui regarderait par-dessus mes épaules serait capable de reconnaître comme correctes. Telle est la généralité, que nient subjectivistes et relativistes. Même lorsqu'ils introduisent un simulacre de généralité sous forme d'une condition de consensus au sein d'une communauté linguistique, scientifique ou politique, il s'agit d'un type incorrect de généralité, puisqu'en dernière instance ce dernier est statistique et non rationnel. »

Pour bénéficier de l'autorité qu'elle réclame, la raison doit être une forme ou une catégorie de la pensée par rapport à laquelle il n'existe pas de possible au-delà d'elle-même, c'est-à-dire, dont la validité soit inconditionnelle parce qu'elle est employée de manière nécessaire en tout défi qui se pose à elle-même. Cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas de recours possible contre les résultats qui débouchent d'un usage de la raison, puisqu'il est facile de commettre des erreurs dans le raisonnement ou de se trouver totalement désorienté face aux conclusions que ce dernier nous permet d'inférer. Mais les corrections ou les doutes doivent provenir d'opérations additionnelles de la raison-même.

16. Peut-être l'attitude de l'homme-juge pourrait-elle être celle que relate Ray Monk *Ludwig Wittgenstein*, Anagrama, 1994, p. 339 au sujet de Wittgenstein : « Il remarquait fréquemment que la question d'écrire de la bonne philosophie et de penser correctement les problèmes philosophiques relevait davantage de la volonté que de l'intellect : la volonté de résister à la tentation de mal interpréter, la volonté de résister à la superficialité. Ce qui souvent s'interpose sur le chemin de la véritable compréhension des problèmes n'est pas le manque d'intelligence mais l'orgueil lui-même. En conséquence : « l'édifice de ton orgueil doit être désarmé. Et c'est un travail extrêmement dur » ». Ainsi, « Pour les philosophes qui ne le connurent jamais », Gilbert Ryle *Collected Papers*. Hutchinson, 1971, Vol. I, p.249, cité par Anthony KENNY, *Wittgenstein*, Alianza Editorial, 1995, p.15, écrivit à l'occasion de la mort de Wittgenstein en 1951 : « on peut les entendre parler de philosophie avec le même ton de voix que lui ; et des étudiants à peine capables d'épeler leur nom froncent aujourd'hui les narines devant des choses qui pour lui dégageaient une mauvaise odeur. »

17. En français dans le texte. *N. du T.*

18. Il convient de garder à l'esprit la distinction qu'effectue VIVES ANTÓN, *Principios penales y dogmática penal,* Estudios de Derecho penal, CGPJ 2/1996 : la « légalité » est, dans le langage contemporain, une expression amphibologique, qui renvoie à deux catégories de lois : les lois de la nature, qui expliquent les faits du monde, et les lois de la cité, qui régissent la conduite des hommes. Nous parlons donc, dit VIVES ANTÓN, d'une légalité naturelle, qui perce les causes de ce qui arrive, et d'une légalité juridique, qui exprime les règles de conduite auxquelles une communauté quelconque choisit de se soumettre. Il s'agit de deux significations antithétiques : un même mot comprend l'opposition entre *régularités* – qui sont inexorables – et *règles* – qui peuvent se suivre ou s'enfreinter.

19. GOMEZ MARTINEZ Carlos, dans la communication *El papel del juez en una sociedad multicultural. La imparcialidad revalorizada* remarque à la page 11: « Si ces droits fondamentaux de nature relative au procès sont les plus dépourvus de connotations culturelles et peuvent être considérés comme communs (…), la conclusion est que tout n'est pas perdu pour le juge, mais qu'il garde au contraire sa fonction d'application du droit à travers un processus impartial et contradictoire qui a une valeur en soi ».

20. VIVES ANTON TS. *Reforma del proceso penal* p. 248 et 249, Valence 1992. Revêt une grande importante la problématique des théories de la vérité qui est exposée dans la-dite œuvre à partir

des pages 267 et suivantes. On pourra aussi consulter du même auteur *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*, dans "La libertad como pretexto" p. 280, 281 et 282 et dans Poder Judicial n° spécial II 1987, Justicia Penal, Consejo General Poder Judicial, p.105 et 106.

21. BENTHAM Jeremías, juge que ces cas ne sont pas non plus sûrs, *Tratado de las pruebas judiciales,* Comares 2001.

22. NAGEL Thomas, dans *Igualdad y parcialidad*, p. 159 et160, recueille une discussion intéressante sur le fait de savoir s'il est légitime que l'Etat tue des innocents pour prévenir davantage d'assassinats, à travers la proposition d'une expérience intellectuelle : « si l'on m'offrait le choix entre une augmentation significative de la probabilité d'être assassiné et l'abolition de mes droits légaux et moraux, je choisirais la première option. Ce type de dignité personnelle, pour abstraite qu'elle soit, est vitale, et sa reconnaissance un bien énorme en soi, indépendamment de ses conséquences. »

23. VIVES ANTÓN T.S. "*La presunción de inocencia en la Ley del Jurado*". Estudios de Derecho Judicial 45-203, CGPJ, p.446, dans "La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica". Dans la même oeuvre, p. 444.

24. "Recurso de amparo" dans l'original en espagnol. *N. du T.*

25. VIVES ANTON TS *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal,* Poder judicial numéro spécial II 1987.

26. La STC que rapporte TS Vives continuait de la façon suivante : « Ce principe général doit être affirmé, de manière particulièrement catégorique, dans le cadre du procès pénal. « En effet, recourir au procès pénal est faire appel à l'exercice du pouvoir de l'Etat dans sa forme la plus extrême – la peine criminelle - exercice qui implique une profonde ingérence dans la liberté de l'inculpé et au cœur du noyau le plus « sacré » de ses droits fondamentaux. Pour cette raison, chacune de ses phases – initiation (STC 111/1995, fondement juridique 3) ; l'inculpation judiciaire (STC 153/1989, fondement juridique 6) ; adoption de mesures préventives (STC 108/1994, fondement juridique3) ; sentence condamnatoire (SSTC 31/1981, 229/1991 et 259/1994) ; droit de recours (STC 190/1994, fondement juridique 2), etc. – se trouve soumise à des exigences spécifiques qui garantissent qu'à chaque étape du déroulement de la prétention punitive, et y compris avant le début même du procès pénal (STC 109/1986, fondement juridique 1), commence la présomption d'innocence et les autres garanties constitutionnelles de l'inculpé » (STC 41/1997, fondement juridique 5).

Pour cette raison, nous avons pu affirmer que, même si l'interdiction de prendre en compte dans le jugement des preuves obtenues en violation des droit fondamentaux substantiels ne se trouve pas proclamée par un principe constitutionnel qui l'impose de façon explicite, ni n'a lieu immédiatement en vertu du droit substantiel affecté à l'origine, elle est l'expression d'une garantie objective et implicite dans le système des droits fondamentaux, dont la vigueur et la position préférentielle dans l'Etat de droit qu'instaure la Constitution exige que les actes qui leur portent atteinte ne puissent avoir une efficacité probatoire dans le procès (STC 114/1984, fondements juridiques 2 et 3).

La valorisation au procès des preuves obtenues en violation de droits fondamentaux « implique le non respect des « garanties » propres au procès (art. 24.2 de la Constitution) » (SSTC 114/1984, fondement juridique 5 et 107/1985, fondement juridique 2) et en vertu du fait qu'elle entre en contradiction avec ce droit fondamental et, en définitive, avec l'idée de « procès juste » (TEDH, Cas Schenk contre la Suisse, Sentence du 12 juillet 1988, fondement de droit 1, A) elle doit être considérée comme interdite par la Constitution.

Or, pour déterminer si la valorisation de la preuve qui a pour origine une interception inconstitutionnelle des communications téléphoniques viole le droit à un procès avec toutes les garanties, il est nécessaire d'envisager de manière conjointe le droit fondamental substantiel et ses limites constitutionnelles puisque, comme nous l'avons dit dans la STC 159/1986 (fondement juridique 6), il est vrai que « les droits et libertés fondamentales ne sont pas absolues, mais, de la même manière, on ne peut pas non plus attribuer ce caractère aux limites auxquelles il faut soumettre l'exercice de tels droits et libertés. Les normes de liberté, comme les normes limitatrices, font partie d'un seul et même ordre juridique inspiré des mêmes principes dans lequel est au final fictive l'opposition établie entre l'intérêt individuel qui sous-tend les premières et l'intérêt public qui, dans certaines circonstances, recommande leur restriction. Bien au contraire, aussi bien les

droits individuelles que leur limitation, dans la mesure où cette dernière dérive du respect de la Loi et des droits d'autrui, sont considérés à égalité dans l'art. 10.1 de la Constitution comme « fondement de l'ordre politique et de la paix sociales ». Acquiert, dans cette perspective, une importance particulière l'intérêt, constitutionnellement légitime, à la l'enquête sur et au châtiment des délits graves perpétrés contre ces droits, dont l'art. 124.1 CE confie spécifiquement la défense au Ministère Public (SSTC 37/1989 et 207/1996). Ce n'est qu'à partir de cette double considération que l'on pourra arriver à déterminer si le procès pénal dans lequel aurait été appréciée une preuve obtenue à partir d'une intervention téléphonique considérée comme contrevenant aux exigences du droit fondamental consacré dans l'article 18.3 CE a été ou non, depuis la perspective constitutionnelle, « un procès juste » (TEDH, cas Schenk, Sentence du 12 juillet 1988, fondement de droit 1, A).

3. Aussi bien l'appelant lors d'un recours en garantie des droits que le Parquet allèguent que, dans ce cas, en sus du droit à un procès avec toutes les garanties, il a été porté atteinte à la présomption d'innocence. Partant de cette affirmation, et avant même d'y répondre, il est nécessaire d'établir les relations existant entre l'éventuelle violation du droit à un procès jouissant de toutes les garanties tel qu'établi par le fondement juridique antérieur, et celle de la présomption d'innocence.

La présomption d'innocence, en son aspect de règle de jugement – qui serait celui pertinent dans le cas présent – opère, dans le domaine de la juridiction ordinaire, comme le droit de l'accusé à ne pas subir une condamnation à moins que la culpabilité n'ait été établie au-delà de tout doute raisonnable, en vertu de preuves qui puissent être considérées à charge et obtenues avec toutes les garanties ; mais vu que la juridiction constitutionnelle ne peut s'entremettre dans la question de la valorisation des preuves, se substituant aux Juges et Tribunaux ordinaires dans leur fonction exclusive *ex* art. 117.1 CE (SSTC 174/1985, fondement juridique 5 ; 63/1993, fondement juridique 5 et 244/1984 fondement juridique 2, entre de nombreuses autres), elle n'y a accès que par voie de défense quand n'existe pas une activité probatoire à charge constitutionnellement valide à partir de laquelle la culpabilité puisse être conclue de manière arbitraire, comme nous l'avons affirmé au cours du temps, depuis la STC 31/1981 jusqu'aux plus récentes (SSTC 24/1997 et 45/1997). Par conséquent, la présomption d'innocence en tant que droit à ne pas être condamné sans preuves valides à charge ne peut être exigée, à la fois, en canon de validité des preuves : ce canon doit être donné par le contenu du droit à un procès avec toutes les garanties tel qu'il a été spécifié dans le fondement juridique antérieur.

A partir de ces prémisses, il faut s'assurer de ce que, à travers la valorisation des preuves obtenues en violation de droits fondamentaux ou d'autres qui viendraient en conséquence de la dite violation, puisse se trouver lésé non seulement le droit à un procès avec toutes les garanties mais aussi la présomption d'innocence. Ceci sera le cas si la peine prononcée a été fondée exclusivement sur des preuves de cette nature ; mais si existent d'autres preuves à charges valides et indépendantes, il pourra arriver que, en dépit de la violation du droit à un procès avec toutes les garanties, la présomption d'innocence n'ait, au final, pas été enfreinte.

Par conséquent, dans des cas similaires au cas présent, dans lesquels ce qui est en discussion est la dépendance ou indépendance de certaines preuves par rapport à la violation préalable d'un droit fondamental substantiel – le secret des communications téléphoniques de l'art. 18 CE – notre analyse doit orienter sa réflexion à travers deux étapes qui, bien qu'elles puissent se trouver – comme c'est ici le cas – unies dans la réalité, peuvent êtres séparées dans la logique : en premier lieu, nous devrons préciser si la valorisation de ces preuves a effectivement porté atteinte au droit à un procès avec toutes les garanties pour, en second lieu et en conséquence, décider si la présomption d'innocence a été ou non violée.

4. Dans des hypothèses comme celle qui est ici examinée, c'est-à-dire, dans les cas où est posée la question de la dépendance ou indépendance d'une activité probatoire déterminée par rapport à la violation préalable d'un droit fondamental, nous devons commencer pas délimiter la zone problématique. Les preuves mises en en cause depuis la perspective constitutionnelle ne sont pas en elles-mêmes contraires au droit au secret des communications téléphoniques ni, par conséquent, au droit à un procès avec toutes les garanties. C'est seulement en vertu de leur origine inconstitutionnelle – comme le mettent en avant aussi bien l'appelant que le Parquet – qu'elles peuvent faire l'objet d'une interdiction de valorisation. Par conséquent, si depuis la perspective

naturelle les preuves dont il est question ne gardaient aucune relation avec le fait constituant la violation du droit fondamental substantiel, c'est-à-dire, si elles avaient une origine réelle différente et totalement étrangère à ce dernier, leur validité et la possibilité de valorisation dans la finalité d'affaiblir la présomption d'innocence qui en résulte serait, dans cette perspective, indiscutable.

Le problème survient donc quand, en prenant en considération l'événement tel qu'il a eu lieu de manière effective, la preuve mise en jugement se trouve liée à la violation du droit, parce qu'elle a été obtenue à partir de la connaissance dérivée de cette dernière.

Eh bien, dans de tels cas la règle générale, ainsi que nous l'avons exprimé en diverses occasions (SSTC 85/1994, fondement juridique 5 ; 86/1995, fondement juridique 3 ; 181/1995, fondement juridique 4 ; 49/1996, fondement juridique 5) et que nous le réaffirmons expressément maintenant, est que tout élément probatoire qui prétende dériver d'un acte violateur du droit fondamental au secret des communications téléphoniques s'expose à l'interdiction de la valorisation *ex* art. 24.2 de la Constitution espagnole.

Cependant, en même temps que nous établissons la doctrine générale que nous venons d'exposer, et tenant en compte que, comme nous l'avons dit de façon répétée, les droits fondamentaux ne sont ni illimités ni absolus (STC 254/1988, fondement juridique 3), nous avons admis que, dans ces cas exceptionnels, malgré le fait que les preuves à charge se trouvaient naturellement liées au fait constituant une violation du droit fondamental car dérivant de la connaissance acquise à partir de ce dernier, elles en étaient juridiquement indépendantes et, en conséquence, nous les reconnaissons comme valides et aptes, par conséquent, à affaiblir la présomption d'innocence (SSTC 86/1995, fondement juridique 4 et 54/1996, fondement juridique 9).

Ceci étant posé, les termes dans lesquels se trouve posé le problème nous obligent à rechercher la *ratio* de l'interdiction de la valorisation des preuves obtenues à travers la connaissance dérivée d'une autre de ces preuves obtenue en violation du droit fondamental au secret des communications téléphoniques, pour pouvoir établir si nous nous trouvons face à un cas auquel doit s'appliquer la règle générale à laquelle nous nous sommes référés dans le fondement juridique antérieur, en étendant, en conséquence, l'interdiction de valorisation aux preuves dérivées ou reflets ; ou si au contraire nous nous trouvons devant l'une des hypothèses qui permettent d'y faire exception.

Selon ce qui a déjà été dit, ces preuves dérivées sont, d'un point de vue intrinsèque, constitutionnellement légitimes. Pour cette raison, pour conclure que l'interdiction de valorisation s'étend également à ces dernières, il faudra préciser qu'elles se trouvent liées à celles qui ont violé le droit fondamental substantiel de manière directe, c'est-à-dire qu'il faudra établir une connexion entre les unes et les autres qui permette d'affirmer que l'illégitimité constitutionnelle des premières s'étend aussi aux secondes (connexion de caractère antijuridique). Dans l'existence ou non de cette connexion réside, donc, la *ratio* de l'interdiction de valorisation des preuves obtenues à partir de la connaissance dérivée d'autres preuves violant le droit au secret des communications.

Pour tenter de déterminer si cette connexion de caractère antijuridique existe ou non, nous devons analyser, en premier lieu, la nature et les caractéristiques de la violation du droit au secret des communications matérialisées dans la preuve originelle, ainsi que son résultat, afin de déterminer si, d'un point de vue interne, son inconstitutionnalité se transmet ou non à la preuve obtenue par dérivation de cette dernière; mais nous devons aussi considérer, depuis un point de vue que nous pourrions dire externe, les nécessités essentielles de protection judiciaire que la réalité et effectivité du droit au secret des communications exige. Ces deux perspectives sont complémentaires, puisque c'est uniquement si la preuve reflet se trouve juridiquement étrangère à la violation du droit et si l'interdiction de la valoriser n'est pas exigée par les nécessités essentielles de tutelles de ce dernier qu'il conviendra d'en conclure que son appréciation effective est constitutionnellement légitime, puisqu'elle n'a d'incidence négative sur aucun des aspects qui configurent le contenu du droit fondamental substantiel ((STC 11/1981, fondement juridique 8).

5. Du point de vue de la nature et des caractéristiques de la violation dont il est ici question, il faut examiner, en premier lieu, quelle est, parmi les garanties qui accompagnent l'ingérence dans le droit au secret des communications téléphoniques – présupposés matériels, intervention et contrôle judiciaire, proportionnalité, expression de toutes et chacune des exigences constitutionnelles (SSTC 199/1987, 85/1994, 86/1995, 181/1995 et 49/1996) – celle qui a été effectivement entamée et de quelle façon.

Cette question doit être considérée comme résolue, dans le cas présent, sur la base de la déclaration effectuée par le Tribunal Suprême dans la sentence qui est ici contestée, comme nous l'avons dit dans le fondement juridique 1. Selon cette résolution, l'infraction constitutionnelle réside dans l'absence d'expression partielle du présupposé légitimant l'ingérence dans le droit fondamental. Pour cela, et bien que la sentence contestée ne tire aucune conséquence explicite de ce type d'infraction, nous devons témoigner du fait qu'il ne peut être affirmé, ni n'est affirmé, dans cette dernière que le présupposé en question n'était pas intégralement donné dans la réalité et que, en conséquence, l'ingérence n'aurait pas pu être menée à bien dans le respect de toutes les exigences constitutionnelles inhérentes à l'intervention dans les communications téléphoniques.

Ceci étant posé, il convient d'analyser le résultat immédiat de l'infraction, c'est-à-dire, la connaissance obtenue à travers de l'ingérence inconstitutionnellement pratiquée. La sentence contestée souligne que, en vertu de l'intervention téléphonique, simplement fut obtenue une donnée neutre, comme le fait que l'alors suspect et maintenant appelant, allait effectuer une visite. A partir de cet élément, le Tribunal Suprême estime qu'étant donné les circonstances du cas et, en particulier, l'observation et le suivi dont l'appelant faisait l'objet, les suspicions qui retombaient sur lui et le peu d'importance des données obtenues à travers l'intervention téléphonique, la connaissance dérivée de l'ingérence dans le droit fondamental contraire à la Constitution ne fut pas indispensable ni déterminante à elle seule dans l'identification du trafic de drogue ou, ce qui revient au même, que ce trafic aurait été conclu, de la même manière, en toute probabilité, sans la violation du droit.

Cette affirmation qui, depuis la perspective juridique dans laquelle nous nous trouvons en ce moment, rompt, selon l'appréciation du Tribunal Suprême, le lien entre la preuve originelle et la preuve dérivée, n'est pas, en elle-même un fait, sinon un jugement d'expérience par rapport au degré de connexion qui détermine l'importance ou non de la preuve mise en question. Ainsi, il se trouve également soumis à notre controle; mais étant donné qu'il correspond en principe au juges et tribunaux ordinaires, l'examen de ce tribunal doit s'en tenir à la vérification du caractère raisonnable de ce dernier (ATC 46/1983, fondement juridique 6 et SSTC 51/1985, fondement juridique 9 ; 174/1985, fondement juridique 2 ; 63/1993, fondement juridique 5 et 244/1994, fondement juridique 2, entre autres) et que dans le cas présent on ne peut estimer qu'il soit irraisonnable ou arbitraire, nous devons en conclure que, du point de vue exposé auparavant, la valorisation de la preuve pratiquée dans ce cas ne porte pas atteinte au droit à un procès avec toutes les garanties.

6. Cependant, la connexion de caractère antijuridique, que nous avons nié du point de vue de la nature et du résultat de la violation du droit au secret des communications téléphoniques, pourrait être affirmée à partir de l'examen des nécessités essentielles de protection judiciaire de ce dernier.

L'analyse doit ici partir du fait que la nécessité de protection du droit fondamental au secret des communications téléphonique est particulièrement intense, autant parce que ce droit, sous l'effet des avancées technologiques, se trouve facilement mis en danger, que parce qu'il constitue une barrière de protection de l'intimité, sans l'effectivité de laquelle pourrait être vidé de son contenu le système entier des droits fondamentaux.

Par conséquent, la question est de savoir si faire une exception, dans les termes dans lesquels le font les résolutions contestées, à la règle générale d'exclusion des preuves obtenues à partir de la connaissance ayant pour origine une autre preuve contraire aux exigences de l'art. 18.3 CE ne signifie pas, d'une certaine manière, inciter à commettre des infractions au droit au secret des communications téléphoniques et, ainsi, priver ce dernier d'une garantie indispensable à son effectivité.

Pour résoudre cette question, il faut apprécier en premier lieu qu'à aucun moment ne figure dans les faits prouvés ni ne peut être déduit de ces derniers que l'action des organes chargés de l'investigation pénale se soit dirigée à la violation du secret des communications. L'inconstitutionnalité survient en raison de l'absence d'expression des faits objectifs qui, au-delà des simples soupçons auxquels fait référence la demande de la police, et malgré leur qualification comme indices dans l'arrêt du juge, furent jugés nécessaires par le Tribunal Suprême pour que la mesure puisse-t-être prise en respectant les exigences constitutionnelles. Mais ce qui est vrai est que cette doctrine, sans doute respectueuse du droit fondamental, n'est pas accueillie de

manière unanime par les juges et tribunaux. Cette donnée exclue aussi bien l'intentionnalité que la négligence grave et nous situe dans le domaine de l'erreur, face au fait que les nécessités de dissuasion ne peuvent pas être considérées comme indispensables depuis le point de vue de la protection du droit fondamental au secret des communications.

L'entité objective de la violation commise ne conduit pas non plus à penser que l'exclusion de la connaissance obtenue à travers l'intervention sur les communications soit nécessaire à l'effectivité du droit, puisque nous ne nous trouvons pas devant une ingérence effectuée sans intervention judiciaire, ni devant une intervention accordée par une résolution infondée (comme c'était le cas dans les cas instruits dans les SSTC 85/1994 et 181/1995) qui, ne contenant pas de motivation quelle qu'elle soit, ni n'offrent des précisions qui permettraient d'effectuer, même a posteriori, la nécessaire évaluation de proportionnalité, ni n'expriment de quelque manière que ce soit l'indispensable valorisation du juge au sujet de l'ingérence dans le droit fondamental).

Dans le cas qui nous occupe, la justification présentée par la Police Judiciaire et qu'accueille explicitement le juge détermine l'éventuel délit, dont la gravité est hors de tout doute possible, et exprime, à côté de cette nécessaire précision, certains des présupposés de l'intervention sur les communications, bien que, sur ce point concret, c'est-à-dire, à propos de l'expression des fondements justificatifs, cette dernière ait été déclarée insuffisante.

De tout ceci se dégage que, dans ce cas précis, la nécessité de protection inhérente au droit au secret des communications fut satisfaite par l'interdiction de valorisation de la preuve directement constitutive de la lésion, déjà rendue effective par le Tribunal Suprême dans sa sentence de cassation, sans qu'il soit nécessaire d'étendre cette interdiction aux preuves dérivées.

7. Par conséquent, il ne peut être évaluée la violation du droit à un procès avec toutes les garanties (art. 24.2 CE) qui a été réparée par le Tribunal Suprême dans la voie précédente, à travers l'exclusion de la valorisation des conversations interceptées. Et, pour les raisons exposées dans les fondements juridiques antérieurs, il faut rejeter que la peine échue sur la base des preuves à charge restantes, obtenues dans le plein respect des droits fondamentaux, ait porté atteinte à la présomption d'innocence.

Ser juez en Marruecos y en España.

Religión y derecho en la práctica judicial

Religión y derecho en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Francisco Javier Pereda Gámez

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

RELIGIÓN Y DERECHO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Francisco Javier Pereda Gámez

Magistrado

Introducción

Voy a hablar de "religión" y de "derecho" en el marco de este seminario sobre el tema "Ser juez en Marruecos y en España". Se trata, pues, de aportar algunas referencias sobre la experiencia de un juez español en relación con la religión, teniendo en cuenta el diferente origen personal y social de éste respecto a un juez marroquí, la diversidad de los sistemas jurídicos de ambos países, las divergencias conceptuales de las religiones de base (católica, islámica…), y la influencia de la vida profesional y pública de los jueces en cada uno de estos países.

Me resulta imposible presentar aquí un estudio riguroso. Tanto la duración como la finalidad de la intervención no se prestan a una presentación demasiado abstracta o complicada. Es por ello que intentaré presentar, desde la modestia, una aproximación general acompañada de algunas reflexiones personales.

La composición de la sociedad española se caracteriza por una importante diversidad sociológica que podemos constatar de manera concreta en los tribunales de justicia, en nuestros despachos profesionales y en el marco de los procesos civiles y de las causas penales. Tampoco podemos afirmar que la sociedad española sea una sociedad católica. Las ideas liberales, el ateismo, el agnosticismo, el laicismo así como los nuevos movimientos religiosos cohabitan en un espacio común culturalmente muy complejo.

Por otro lado, los "actores" de la justicia tienen, cada vez más, unos orígenes étnicos, geográficos y religiosos muy diversos y la multiculturalidad se encuentra hoy más que nunca presente en el seno del trabajo del juez. Esta nueva realidad exige nuevos esfuerzos por parte de los jueces para poder adaptarse, para comprender mejor el marco y el contexto de aplicación de la ley y así poder "hacer" una mejor justicia.

No se trata de buscar una justicia diferente para cada uno, sino de comprender las diferencias en la percepción de la realidad según el origen de cada justiciable, para así poder dirigir mejor los juicios, redactar y adaptar mejor las sentencias. Esta diversidad incita y provoca una reflexión sobre la identidad misma del juez, sus orígenes culturales, sociales y religiosos y la validez de sus referentes éticos a la hora de aplicar las leyes del Estado.

Los "actores" de la justicia tienen, cada vez más, unos orígenes étnicos, geográficos y religiosos muy diversos y la multiculturalidad se encuentra hoy más que nunca presente en el seno del trabajo del juez

En nuestra condición de juristas, conocemos bastante bien el sentido de la palabra "derecho". También conocemos el sentido de la función judicial. La noción de religión, en cambio, parece un poco más complicada de definir

La religión no es una fuente directa de derecho y, en este sentido, la idea de una ética social común, independiente de la Iglesia católica y compartida por todos los ciudadanos está presente en España tanto en la formulación de las leyes como en la vida pública. La formulación de los Derechos fundamentales y de las leyes está inspirada por una ética común, resultado de las confrontaciones históricas entre las diferentes fuerzas e ideologías (cristianodemócrata, socialdemócrata, liberalismo, marxismo, etc…). Sin embargo y de forma paralela el "hecho religioso", la vida religiosa, las concepciones morales particulares de la religión católica y de las demás religiones (en particular de la religión musulmana, practicada por un gran número de ciudadanos de origen árabe) se encuentran, de todos modos, presentes.

¿Cómo reflexionar sobre el papel de la religión en relación con el derecho? ¿Sobre las interacciones entre la religión y la labor del juez?

Es tan amplio el tema que debo presentar que resulta necesario acotarlo a través de términos más precisos. Es por esta razón que propongo, para empezar, que procedamos a una aproximación terminológica, para centrar las nociones de religión y de derecho a partir de las relaciones que existen entre ellas. Deberemos, para ello, definir lo que es el derecho y lo que es la religión. A continuación, desarrollaré algunas ideas sobre la religión y la función del juez y también sobre la construcción de referencias comunes alrededor de vectores de confluencia entre los valores religiosos y la laicidad. Para concluir, propondré algunos "temas fronterizos", entre religión, ética y derecho, a los que el juez español (y también, estoy seguro, el juez marroquí) debe enfrentarse hoy en día.

Una aproximación terminológica y relacional

En nuestra condición de juristas, conocemos bastante bien el sentido de la palabra "derecho", que podríamos definir como el conjunto de leyes, preceptos y reglas a las cuales los hombres están sometidos por la fuerza del Estado. La ciencia jurídica es la ciencia que estudia las leyes y su aplicación, incluida su aplicación judicial.

También conocemos el sentido de la función judicial, en el sentido que el juez está llamado a juzgar y a hacer ejecutar lo juzgado. Esta formulación, tomada de la Constitución española de 1978 (art. 117 CE), creo que puede ser compartida por todos los juristas de nuestro entorno cultural.

La noción de religión, en cambio, parece un poco más complicada de definir. El sentido etimológico puede ayudarnos ya que "religión" proviene del latín "religare", que significa "ligar", "atar" o "anudar de nuevo". En este sentido, la religión sería una forma de reencontrar el sentido de las acciones individuales en relación con una cierta "idea de referencia", con un "estadio superior", con un "contexto global".

Formulándolo de un modo más simple, la idea original de religión hacía referencia al desarrollo de una conciencia interna sobre los lazos existentes entre los actos concretos de la vida individual y un determi-

nado "imaginario colectivo", llamado "Dios", que hace referencia a la "trascendencia" (ir más allá de la individualidad). Se trataba de una "comparación" de los actos individuales en relación con una concepción supra-individual de la vida, con valores sociales.

La religión presenta varios aspectos interesantes, como aquellos que se refieren a la ideología (los principios y los dogmas), a la práctica (los ritos y la liturgia), a la moralidad (las reglas de conducta), etc…

Podemos entender la religión y el derecho como términos complementarios o antagónicos. El análisis del juez debe ser, en este sentido, cuidadoso y atento: el juez puede "interpretar" la ley basándose en consignas religiosas, desde el punto de vista "moral" y equivocarse "legiferando" (o "sentando jurisprudencia") sobre los aspectos morales de la vida de los ciudadanos. En este caso, se corre el riesgo de que el juez influya o se imponga sobre la totalidad de la vida pública (en grados diferentes), afectando así a las libertades individuales. Una visión "religiosa" del trabajo del juez, del trabajo de toda persona que tenga la responsabilidad de instituir códigos de conducta, conlleva el riesgo de una tendencia "integrista" o "fundamentalista" y la puesta en peligro de la diversidad, la pluralidad y la interculturalidad.

Podemos entender la religión y el derecho como términos complementarios o antagónicos. El análisis del juez debe ser, en este sentido, cuidadoso y atento

A la inversa, la religión puede interpretarse como algo perteneciente única y exclusivamente a la vida privada, que concierne únicamente a los aspectos individuales (íntimos) de los ciudadanos. El juez, el funcionario que aceptara un visión de este tipo, podría "disociar" fácilmente los dos términos ("religión" y "derecho") e interpretar la ley a través de un positivismo exacerbado que situara a la religión y sus valores lejos de la vida pública, del trabajo del juez, relegándolos exclusivamente al ámbito de la vida privada. En este caso, el riesgo consiste en la pérdida de toda referencia ética o moral.

El caso más evidente de los peligros de este tipo de interpretaciones lo encontramos en la experiencia alemana bajo el gobierno de Hitler, la experiencia del "nazismo". Como ustedes saben, los jueces alemanes aceptaron sin ningún tipo de criterio ético la validez de las leyes del III Reich y actuaron como si fueran, únicamente, "la boca que pronuncia las palabras de la ley". La ausencia de capacidad crítica, desde el punto de vista moral y ético, condujo a Alemania a la debacle en nombre del nazismo.

A la búsqueda de valores comunes

¿Qué debe hacer el juez? Considero que lo importante es encontrar una posición intermedia: "la virtud se encuentra en el punto medio entre dos extremos". La sociedad moderna (y el trabajo del juez) no puede construirse de manera abstracta, vacía de toda referencia ética. De este modo, la interpretación de la ley no es posible sin referencias éticas.

Sin embargo, en una sociedad multicultural yo no puedo imponer "mis" referencias morales, la moral de una u otra religión o doctrina, los principios de actuación individual extraídos del catolicismo, del protes-

tantismo, del Islam… En una sociedad pluricultural, las referencias éticas deben ser resultado de un debate social y democrático. Los Derechos fundamentales, los Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no son más que el resultado de un consenso social e ideológico, el producto de un debate colectivo sobre los valores de la humanidad, quizá centrado, originalmente, en valores cristianos, pero que ha sabido alcanzar una validez universal.

La construcción de una ética común no es un proceso cerrado y la realidad nos obliga a reconocer la necesidad de una nueva (y siempre renovable) definición de los contenidos éticos comunes. La presencia de ciudadanos pertenecientes a otras confesiones religiosas obliga a reformular los valores colectivos.

La construcción de una ética común no es un proceso cerrado y la realidad nos obliga a reconocer la necesidad de una nueva (y siempre renovable) definición de los contenidos éticos comunes. La presencia de ciudadanos pertenecientes a otras confesiones religiosas obliga a reformular los valores colectivos

Desde otro punto de vista, la referencia histórica a los lazos existentes entre religión y derecho a propósito del derecho canónico (legislación de la moral) o del derecho "natural" (moralización de la ley) está desfasada. Ya no es posible construir un derecho "natural" (como Savigny lo había enseñado) ni extender la moral a la ley.

Los valores religiosos deben ser depurados, simplificados e incrustados en la ética social común.

Algunos ejemplos de pluralismo

Ciertos ejemplos recientes nos muestran la realidad plural de Europa en lo que respecta al "hecho religioso" y su influencia sobre el derecho. El proceso de integración legal y económica de los estados europeos también concierne la integración de valores morales. Estudiando la diversidad europea en la que España intenta integrarse, podemos imaginar como el juez español puede descubrir e integrar otros valores, como los de las culturas magrebíes.

El primer caso hace referencia al tratamiento del crucifijo en Italia y es altamente significativo. Los tribunales italianos exponen de forma sistemática el crucifijo en las salas de audiencia y también pueden situarlo a la vista en los despachos de los jueces. Esta opción sería inaceptable en España, teniendo en cuenta que el Estado es "aconfesional", como el Estado italiano. Sin embargo, la Corte de Casación italiana ha declarado que el crucifijo no es únicamente un símbolo religioso, sino también y principalmente un símbolo cultural italiano. De esta manera, una idea religiosa se instala en medio del marco común a todos los ciudadanos, sin violentar (aparentemente) sus creencias.

Por otro lado, sabemos como se pronunció el legislador francés sobre el predominio de los valores republicanos, imponiendo a las escuelas públicas un laicismo común que representa la expresión de la libertad, la igualdad y la fraternidad. En Francia, la ley laica sobre los símbolos religiosos en las escuelas o los institutos opta por la desaparición de todo elemento de identificación personal, primando elementos de identidad colectiva. La solución no ha sido la misma en España, donde el Estado proclama que la defensa de la libertad individual no es incompatible con la integración social.

El tercer caso que quisiera mencionar se refiere a España. Nuestra Constitución establece la "aconfesionalidad" del Estado, lo que significa que en España el Derecho debe defender de forma activa la libertad religiosa y de conciencia y todas las opciones religiosas.

Es por ello que el Estado firmó en 1979 unos acuerdos con la Santa Sede y, en 1992 otros acuerdos con los representantes de las confesiones religiosas judía, protestante y musulmana, reconociendo los matrimonios celebrados por los ministros de dichas religiones y reconociendo ciertos efectos civiles a algunas de sus instituciones y resoluciones religiosas. Por ello el Estado promueve la construcción de edificios religiosos y protege la pluralidad de las confesiones.

Nuestra Constitución establece la "aconfesionalidad" del Estado, lo que significa que en España el Derecho debe defender de forma activa la libertad religiosa y de conciencia y todas las opciones religiosas

Una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 38/2007) ratifica esta opción, declarando la libertad de enseñanza y de religión, de modo que reconoce a la Iglesia católica el derecho a nombrar a los profesores de religión de las escuelas públicas, sin que dicho poder afecte a las libertades individuales de los profesores.

Precisamente, la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional español de 15 de febrero de 2007 (n. 38/2007) sobre la enseñanza de la religión católica en los centros educativos públicos decidió que el acuerdo suscrito en 1979 con la Santa Sede permite a la Iglesia encargarse del proceso de selección y del nombramiento de los profesores de religión. Se trata de un contrato de trabajo de carácter temporal y no de un estatuto de funcionario.

El Tribunal reconoce el ejercicio del derecho de los padres a decidir sobre la enseñanza religiosa de sus hijos así como el derecho de todas las iglesias y confesiones religiosas a propagar y expresar públicamente sus creencias religiosas, pero afirmando igualmente que el Estado debe asegurar la libertad de cada uno de seguir o no estas doctrinas (STC 5/1981, de 13 de febrero).

La Sentencia de 2007 reconoce la dimensión interna de la libertad religiosa, la protección de los particulares y de los grupos ante las ingerencias externas contra la libertad individual (como había sido establecido anteriormente en las sentencias SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio y 63/1994, de 28 de febrero), del mismo modo que la dimensión externa de esta libertad, es decir, la posibilidad de ejercer actividades que constituyan manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, que no puede ser reprimida por el Estado.

España es, pues, un Estado "aconfesional" que debe poner en marcha una "laicidad positiva" (STC 46/2001, de 15 de febrero), con neutralidad, sin tomar posición, es decir, sin fomentar ninguna ideología.

En este sentido, creo que la realidad española es diferente a la francesa en la medida en que el Estado no propaga una ideología republicana y laica, sino que debe respetar, de forma positiva, la libertad de religión de cada ciudadano.

Por otro lado, las decisiones jurídicas de las jurisdicciones de las Iglesias no tienen efectos directos sobre la sociedad civil. El principio de exclusi-

vidad jurisdiccional (art. 117 CE) garantiza la igualdad de los ciudadanos y únicamente los jueces pueden garantizar la efectividad i la validez de, por ejemplo, las decisiones de las autoridades religiosas, si estas se adecuan a las leyes del Estado. La separación y el divorcio sólo existen en su forma civil.

El desafío es importante y las situaciones que el juez debe resolver teniendo en cuenta la diversidad cultural son muchas

Valores religiosos y ética laica: vectores de confluencia

Como ya he señalado antes, los textos jurídicos internacionales son fruto de un proceso en gran medida desarrollado por la confluencia de valores éticos, resultado de la confluencia de ciertas ideas y principios acerca del individuo y de la sociedad transmitidos por la moral cristiana (católica, protestante) y las aportaciones de los pensadores de los últimos siglos.

Las Constituciones norteamericana, de 1787, y francesa, de 1789, son las referencias más antiguas. Les siguen la declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Convención Europea de derecho Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y numerosos otros textos.

Nos encontramos hoy ante un momento histórico en el cual deberíamos integrar a estos textos las aportaciones de otras culturas y religiones que no estaban presentes en el momento de su creación ni durante su evolución: las culturas orientales, la cultura musulmana, las referencias indígenas y animistas, etc.

Desde el punto de vista del papel del juez, de la ética y la moralidad de su trabajo, no podemos olvidar los Principios de Bangalore sobre la ética judicial, principios universales que pueden alimentar el debate sobre las relaciones entre derecho y religión respecto a la actividad judicial.

La cultura de la "deliberación judicial", también puede ayudar a resolver los conflictos que se presentan ante el juez en su trabajo, puesto que estamos familiarizados con las metodologías de fijación de los hechos, de búsqueda y de interpretación de las normas jurídicas y, en suma, con el pensamiento crítico.

Religión y función del juez (un análisis personal)

A este nivel de mi intervención voy a proceder a un análisis más individualizado. Cada juez debe tener conciencia de su historia y de su contexto social y debe esforzarse para asegurar su adaptación e integración social.

Yo mismo soy producto de la herencia de mis padres y mis ancestros. Educado en el seno de la cultura religiosa católica, viví mi juventud y madurez entre un catolicismo social (que no militante) y un laicismo acrítico.

La influencia de la Iglesia católica en el sistema dictatorial del General Franco marcó mis primeras referencias sobre la relación entre religión y derecho. El ejercicio moderado de la religión católica por parte de mis padres y mi familia marcó igualmente mis orígenes.

La realidad de la universidad y las experiencias ligadas al cambio de sistema político que hizo llegar la democracia en 1978, después de la muerte del dictador, supuso también una aportación importante de *inputs* a mi evolución personal y profesional. Un juez español puede, hoy en día, en España, reconocerse en la ortodoxia católica, pero también en los nuevos movimientos cristianos alternativos.

Por otro lado, la sociedad catalana de Barcelona, donde vivo, es en gran medida pluricultural a causa de la inmigración interior (proveniente de Murcia, al principio del s. XX, de Andalucía y de Extremadura, durante los años 1950 a 1970) y exterior (la inmigración magrebí, subsahariana, sudamericana, desde los años 80 hasta ahora).

El desafío es importante y las situaciones que el juez debe resolver teniendo en cuenta la diversidad cultural son muchas. Al servicio de la sociedad democrática y de sus valores, el juez se enfrenta a casos jurídicos de cierta trascendencia "religiosa", a situaciones de confrontación o conflicto moral (interior) y se interroga en ciertos casos sobre la posibilidad de aplicar la "cláusula de conciencia" ante el principio de legalidad.

No es mi caso, pero he conocido colegas para los que aplicar la ley del divorcio (1981) o formalizar un matrimonio entre homosexuales (reconocido por una reforma de 2005) constituía un dilema moral.

He conocido colegas para los que aplicar la ley del divorcio (1981) o formalizar un matrimonio entre homosexuales (reconocido por una reforma de 2005) constituía un dilema moral

En el trabajo de despacho, los elementos que limitan la posibilidad de que el juez imponga o se deje influir por principios religiosos son muy importantes. Diría que hay cuatro reglas que es necesario respetar:

- Dejar de lado los valores "morales" de origen religioso: el juez no puede imponer su ideología religiosa. En caso de conflicto entre la ley y la religión, debe abandonar sus funciones (una "cláusula de conciencia" no sería fácilmente aceptable).
- La prohibición de admoniciones morales en las sentencias: es cierto que las resoluciones judiciales están a menudo "cargadas" de "mensajes éticos" explícitos o implícitos. Pero los fundamentos de tales principios deben ser extraídos de los derechos, principios y valores constitucionales, no de la religión.
- La búsqueda constante de "valores" sociales (derechos, principios y valores constitucionales). El catálogo de los valores no está concluido. Es necesario rehacerlo constantemente, mediante las aportaciones de los autores sociales y jurídicos, así como las de las culturas de los nuevos ciudadanos que llegan a España para trabajar y vivir.
- El juez debe llevar a cabo un trabajo personal constante de formación y de actualización deontológica. La formación continua concierne también la formación de los valores y es una tarea que no termina nunca.

Algunos temas fronterizos

Para concluir estos simples apuntes (que sólo pretenden incitar al debate), me gustaría dar una lista de temas actualmente polémicos en la sociedad española y en el seno de la carrera judicial:

- La unión no matrimonial (los pactos civiles de comunidad y sus efectos jurídicos, especialmente en caso de crisis)
- El integrismo católico, los testigos de Jehová, el Islamismo radical
- Los derechos sobre el cuerpo y sus límites (aborto, tratamiento médico, ablación, alimentación asistida, eutanasia)
- La esterilización de los minusválidos
- La libertad religiosa y el sectarismo (sectas CEIS, Hijos de Dios, etc…)
- Las culturas urbanas y la formación para la ciudadanía: entre el respeto a la diversidad y la necesidad de integración social
- Los signos exteriores de la confesión religiosa (crucifijo, sotana, chador) y las coordenadas de lugar, finalidad y conflicto de interés.

Es evidente que cada uno de estos temas podría ser objeto de uno o varios seminarios. Es por ello que espero que tengamos la ocasión de reencontrarnos para continuar estos intercambios culturales y profesionales tan interesantes.

Être juge au Maroc et en Espagne.

Religion et droit dans la pratique judiciaire

Religion et droit dans l'exercice de la fonction juridictionnelle.

Francisco Javier Pereda Gámez

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

RELIGION ET DROIT DANS L'EXERCICE DE LA FONCTION JURISDICTIONNELLE

Francisco Javier Pereda Gámez

Magistrat

Introduction

Je parle de « religion » et de « droit » dans le cadre d'un séminaire sur le sujet « Être juge au Maroc et en Espagne» . Il s'agit donc d'apporter quelques références sur l'expérience d'un juge espagnol en relation avec la religion, tout en envisageant la diversité d'origine personnelle et sociale de ce dernier par rapport à un juge marocain, la variété des systèmes juridiques des deux pays, les divergences conceptuelles des religions de base (catholique, islamique…), ainsi que l'influence de la vie professionnelle et publique des juges dans chacun des deux pays.

Il m'est impossible de présenter une étude rigoureuse. Le temps de l'exposé et sa finalité ne s'adapteraient pas à un apport excessivement abstrait ou compliqué. C'est pour cette raison que j'essaierai de présenter, modestement, une approche générale ainsi que certaines de mes idées personnelles.

La société espagnole se caractérise, dans sa composition, par son importante variété sociologique, dont nous pouvons être témoins dans les tribunaux, nos bureaux professionnels et dans le cadre des procès civils et des causes pénales. Nous ne pouvons pas dire que la société espagnole soit une société catholique. Les idées libérales, l'athéisme, l'agnosticisme, le laïcisme, ainsi que les nouveaux mouvements religieux, cohabitent au sein d'un espace commun culturellement très complexe.

D'autre part, les « acteurs » de la justice sont, de plus en plus, d'origines ethniques, géographiques et religieuses très diverses et la multiculturalité est plus que jamais présente dans le travail du juge. Cette nouvelle réalité exige des efforts nouveaux, de la part des juges, pour s'adapter, pour mieux comprendre le cadre et le contexte de l'application de la loi afin de mieux « faire justice ».

Les « acteurs » de la justice sont, de plus en plus, d'origines ethniques, géographiques et religieuses très diverses et la multiculturalité est plus que jamais présente dans le travail du juge

Il ne s'agit pas de rechercher une justice différente pour chacun, mais de comprendre les différences de perception de la réalité qui peuvent exister selon l'origine de chaque justiciable, afin de mieux diriger les procès, mieux rédiger et adapter les arrêts judiciaires. Cette diversité incite et provoque une réflexion sur l'identité même du juge, sur ses origines culturelles, sociales et religieuses, et la validité de ses références étiques à l'heure d'appliquer les lois de l'État.

La religion n'est pas source directe du droit et, en ce sens, l'idée d'une étique sociale commune, indépendante de l'Église catholique et partagée par tous les citoyens, est présente dans la formulation des lois et dans la vie publique en Espagne. La formulation des Droits fondamentaux et des lois est inspirée par une étique commune, produit des confrontations historiques entre les différentes forces des idéologies (chrétienne-démocrate, social-démocrate, libéralisme, marxisme, etc.). Mais, en parallèle, le « fait religieux », la vie religieuse, les conceptions morales particulières de la religion catholique et des autres religions (en particulier la religion musulmane, pratiquée par nombre de citoyens d'origine arabe) sont, de toute façon, présentes.

Nous connaissons assez bien, en notre qualité de juristes, le sens du mot «droit ».
Nous connaissons aussi le sens de la fonction juridictionnelle.
Mais la notion de religion serait un peu plus compliquée à définir

Comment réfléchir sur le rôle de la religion en relation avec le droit, sur les interactions entre la religion et la tâche du juge ?

Je suis chargé de présenter un thème si large qu'il est nécessaire de le ramener à des termes plus précis. C'est pour cela que je propose, tout d'abord, de procéder à une approche terminologique afin de centrer les notions de religion et de droit sur les relations qu'elles entretiennent. Il faudra ainsi définir ce que sont le droit et la religion. Par la suite, je développerai certaines idées sur la religion et la fonction du juge et sur la construction de références communes autour de vecteurs de confluence entre les valeurs religieuses et la laïcité. Enfin, je proposerai quelques « thèmes de frontière », entre religion, étique et droit auxquelles le juge espagnol (et, je suis sûr, le juge maroquin également) doit faire face aujourd'hui.

Une approche terminologique et relationnelle

Nous connaissons assez bien, en notre qualité de juristes, le sens du mot «droit », que nous pouvons définir comme l'ensemble des lois, des préceptes et des règles auxquelles les hommes sont soumis par la force de l'État. La science juridique est la science qui étudie les lois et leur application, y-compris leur application judiciaire.

Nous connaissons aussi le sens de la fonction juridictionnelle, en ce sens que le juge est appelé à juger et à faire exécuter ses décisions et ses arrêts. Cette formulation est empruntée à la Constitution Espagnole de 1978 (art. 117 CE) mais je crois qu'elle peut être partagée par tous les juristes de notre entourage culturel.

Mais la notion de religion serait un peu plus compliquée à définir. Le sens étymologique peut nous aider parce que «religion » procède de la parole latine « religare », qui veut dire « lier », « attacher » ou « nouer à nouveau ». En ce sens, la religion serait une manière de retrouver le sens des actions individuelles en liaison à une certaine « idée de référence », à un « stade supérieur », à un «contexte global».

Plus simplement l'idée originale de « religion » faisait référence au développement d'une conscience interne sur les liens présents entre les actes concrets de la vie individuelle et un certain « imaginaire collectif », nommé « Dieu », qui fait référence à la « transcendance » (le dépassement de l'individualité). Il s'agissait d'une « comparaison » des actes individuels avec une conception supra-individuelle de la vie, avec des valeurs sociales.

La religion présente plusieurs aspects d'intérêt, comme ceux qui se réfèrent à l'idéologie (les principes et les dogmes), à la pratique (les rituelles et la liturgie), à la moralité (les règles de conduite), etc.…

Nous pouvons envisager « religion » et « droit » comme des termes complémentaires ou comme de termes antagoniques. Pour le juge, l'analyse doit être soigneuse et attentive : le juge peut « interpréter » la loi en se fondant sur des consignes religieuses, du point de vue « moral » et se tromper en « légiférant » (ou « faisant jurisprudence ») sur les aspects moraux de la vie des citoyens. Dans ce cas, la religion risque d'influencer ou de s'imposer sur toute la vie publique (à différents degrés), en affectant les libertés individuelles. Une vision « religieuse » du travail du juge, du travail de toute personne qui a la responsabilité d'instituer des codes de conduite, comporte le risque d'une tendance « intégriste » ou « fondamentaliste » et de la mise en péril de la diversité, la pluralité et l'interculturalité.

Nous pouvons envisager « religion » et « droit » comme des termes complémentaires ou comme de termes antagoniques. Pour le juge, l'analyse doit être soigneuse et attentive

La religion peut, à l'inverse, être interprétée comme appartenant seulement et exclusivement à la vie privée, touchant uniquement les aspects individuels (intimes) des citoyens. Le juge, le fonctionnaire qui accepte une telle vision peut facilement « dissocier » les deux termes (religion » et « droit ») et interpréter la loi à travers un positivisme exacerbé en situant la religion et ses valeurs loin de la vie publique, du travail du juge, et en la reléguant au domaine exclusif de la vie privé. Dans ce cas, le risque peut être la perte des références étiques et morales.

Le cas le plus évident des dérives de cette voie interprétative, nous pouvons le retrouver dans l'expérience de l'Allemagne de Hitler, l'expérience du « nazisme ». Comme vous le savez, les juges allemands ont accepté sans aucun critère étique la validité des lois du IIIe Reich et ont agi comme étant uniquement « la bouche qui prononce les paroles de la loi ». Cette absence de capacité critique, du point de vue moral et étique, a mené l'Allemagne à la débâcle, au nom du nazisme.

À la recherche de valeurs communes

Que doit faire le juge ? Je crois qu'il s'agit de trouver un juste milieu: « entre les extrêmes, se trouve la vertu ». La société moderne (et le travail du juge) ne peut pas se construire d'une manière abstraite, vide de toute référence étique. Donc, l'interprétation de la loi n'est pas possible sans références étiques.

Mais, dans une société multiculturelle, je ne peux imposer « mes » références morales, la morale de telle ou telle religion ou doctrine, les principes d'action individuelle extraits du catholicisme, du protestantisme, de l'Islam.… Dans une société pluriculturelle, les références étiques doivent être le résultat d'un débat social et démocratique. Les Droits fondamentaux, les Droits de l'Homme, la Déclaration Universelle des Droits Humains, ne sont que le résultat d'un consensus social et idéologique, le produit d'un débat collectif sur les valeurs de l'humanité, peut-être centré sur des valeurs chrétiennes en son origine, mais qui a su aboutir une validité universelle.

La construction d'une étique commune n'est pas encore chose faite et force est de constater le besoin d'une nouvelle (et toujours renouvelable) définition des contenus étiques communs. La présence de citoyens membres d'autres confessions religieuses oblige à une reformulation des valeurs collectives.

D'un autre point de vue, la référence historique aux liens entre religion et droit autour du droit canonique (légifération de la morale) ou à propos du droit « naturel » (« moralisation » de la loi) est déjà déphasée. Nous ne pouvons plus construire un droit « naturel » (comme Savigny l'avait enseigné) ni étendre la morale vers la loi.

Les valeurs religieuses doivent être dépurées, simplifiées et incrustées dans l'étique sociale commune.

La construction d'une étique commune n'est pas encore chose faite et force est de constater le besoin d'une nouvelle (et toujours renouvelable) définition des contenus étiques communs. La présence de citoyens membres d'autres confessions religieuses oblige à une reformulation des valeurs collectives

Quelques exemples de pluralisme

Certains exemples récents nous montrent la réalité plurale de l'Europe en ce qui concerne le « fait religieux » et son influence sur le droit. Le processus d'intégration légale et économique des États européens affecte aussi l'intégration des valeurs morales. En étudiant la diversité européenne dans laquelle l'Espagne essaie de s'insérer, nous pouvons imaginer comment le juge espagnol peut découvrir et intégrer d'autres valeurs, comme celles des cultures magrébins.

Le premier cas fait référence au traitement du crucifix en Italie et il est assez significatif. Les tribunaux italiens exposent systématiquement le crucifix dans les salles d'audience et peuvent également le placer en évidence dans les bureaux des magistrats. Cette option serait inacceptable en Espagne, compte tenu du fait que l'État est « aconfessionnel », comme l'État italien. Mais la Cour de Cassation italienne a déclaré que le crucifix n'était pas seulement un signe religieux, mais, avant tout, un symbole culturel italien. De cette façon, une idée religieuse vient s'installer au cœur du cadre commun à tous les citoyens, sans violenter (apparentement) leurs croyances.

D'autre part, nous savons comment le législateur français s'est prononcé pour la prédominance des principes républicains, en imposant dans les écoles publiques un laïcisme commun qui serait l'expression de la liberté, l'égalité et la fraternité. En France la loi laïque sur les symboles religieux dans les écoles et les lycées a opté pour la disparition de tout élément d'identification personnelle, en privilégiant des éléments d'identité collective. La solution n'a pas été la même en Espagne, où l'État proclame la défense de la liberté individuelle comme n'étant pas contraire à l'intégration sociale.

Le troisième cas que je veux mentionner concerne l'Espagne. Notre Constitution établit l'« aconfessionnalité » de l'État, ce qui signifie qu'en Espagne, l'État doit défendre la liberté religieuse et de conscience et toutes les options religieuses de façon active.

C'est pour cela que l'État a signé en 1979 des accords avec le Saint Siège et, en 1992, des accords avec les représentants des confessions religieuses juive, protestante et musulmane, en reconnaissant les mariages célébrés par les ministres de ces religions et acceptant certains effets

civils à quelques-unes de leurs résolutions religieuses et de leurs institutions. Ainsi, l'État promeut la construction d'édifices religieux et protège la pluralité des confessions.

Un arrêt récent de la Cour Constitutionnelle espagnole (STC 38/2007) ratifie cette option en déclarant la liberté d'enseignement et de religion, de telle façon qu'il reconnait le droit de l'Eglise catholique à nommer les professeurs de religion des écoles publiques, ce pouvoir n'affectant pas les libertés individuelles des professeurs.

Notre Constitution établit l'« aconfessionnalité » de l'État, ce qui signifie qu'en Espagne, l'État doit défendre la liberté religieuse et de conscience et toutes les options religieuses de façon active

Ainsi, l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour Constitutionnelle espagnole du 15 février 2007 (n. 38/2007) sur l'enseignement de la religion catholique dans les centres d'enseignement public a décidé que l'accord de 1979 signé avec le Saint Siège permettait à l'Eglise de se charger du processus de sélection et nomination des professeurs de religion. Il s'agit d'un contrat de travail à caractère temporel, non d'un statut de fonctionnaire.

La Cour reconnait l'exercice du droit des parents à décider de l'enseignement religieux de leurs enfants et le droit de toutes les Eglises et confessions religieuses à propager et exprimer publiquement leurs croyances religieuses, mais la Cour dit également que l'État doit assurer la liberté de chacun de suivre ou non ces doctrines (STC 5/1981, de 13 février).

L'arrêt de 2007 reconnaît la dimension interne de la liberté religieuse, la protection des particuliers et des groupes face aux ingérences externes à la liberté individuelle, (comme l'avait déjà établi l'arrêt SSTC 19/1985, du 13 février, l'arrêt 120/1990, du 27 juin et l'arrêt 63/1994, du 28 février), ainsi que la dimension externe de cette liberté, c'est-à-dire la possibilité d'exercer des activités constituant des manifestations ou expressions du phénomène religieux, qui ne peut pas être objet de contrainte de la part de l'État.

L'Espagne est donc un État « aconfessionnel » qui doit mettre en œuvre une « laïcité positive » (STC 46/2001, du 15 de février), avec neutralité, sans « parti-pris », c'est-à-dire, sans développer aucune idéologie.

En ce sens, à mon avis, la situation est différente de celle qui existe en France, car l'État ne se fait pas le héraut une idéologie républicaine et laïque, mais doit respecter, d'une façon positive, la liberté de religion de chaque citoyen.

D'autre part, les décisions juridiques des juridictions des Églises n'ont pas d'effets directs sur la société civile. Le principe d'exclusivité juridictionnelle (art. 117 CE) garantit l'égalité des citoyens et seuls les juges peuvent garantir l'effectivité et la validité, par exemple, des décisions des autorités religieuses, si elles sont en adéquation avec les lois de l'État. La séparation et le divorce n'existent que sous forme civile.

Valeurs religieuses et etique laïque: vecteurs de confluence

Comme je l'ai déjà dit, les textes juridiques internationaux sont le fruit d'un processus largement élaboré sur la confluence de valeurs étiques, le résultat de la convergence de certaines idées et principes sur l'individu et la société transmis par la morale chrétienne (catholique, protestante) et les apports des penseurs des siècles derniers.

Les Constitutions nord-américaine, de 1787, et française, de 1789, sont les références les plus anciennes. Par la suite, ont suivi la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, la Convention Européenne des Droits Humains, le Pacte International des Droits Civiles et Politiques et de nombreux autres textes.

Le défi est important et nombreuses sont les situations que le juge doit résoudre en tenant compte de cette diversité culturelle

Au point de l'Histoire où nous nous trouvons, il faudrait maintenant intégrer à ces textes les apports d'autres cultures et religions qui n'étaient pas présentes au moment historique de leur création ni pendant leur évolution: les cultures orientales, la culture musulmane, les références indigènes et animistes, etc.

Du point de vue du rôle du juge, de l'étique et de la moralité de son travail, nous ne pouvons pas oublier les Principes de Bangalore sur l'étique judiciaire, principes universels qui peuvent alimenter le débat sur les relations entre droit et religion, en relation à l'activité judiciaire.

La culture du « délibéré judiciaire », peut aussi aider à résoudre les conflits qui se présentent au juge dans son métier, étant donné que nous sommes familiarisés avec les méthodologies de fixation des faits, de recherche et d'interprétation des normes juridiques et, en somme, avec la pensée critique.

Religion et fonction du juge (une analyse personelle)

A ce niveau de l'exposé, je procéderai à une analyse plus personnelle. Chaque juge doit avoir conscience de son histoire et de son contexte social et doit faire un effort en vue son intégration et adaptation sociale.

En ce qui me concerne, je suis le produit de l'héritage de mes parents et de mes ancêtres. Eduqué au sein de la culture religieuse catholique, j'ai vécu la jeunesse et la maturité entre un catholicisme social (non militant) et un laïcisme acritique.

L'influence de l'Église catholique dans le système dictatorial du General Franco a marqué mes premières références sur la relation entre religion et droit. Un exercice modéré de la religion catholique par mes parents et ma famille a marqué, aussi, mes origines.

La réalité de l'université et les expériences liées au changement de système politique avec l'arrivée de la démocratie en 1978, après la mort du dictateur, a signifié également un apport important d'inputs à mon évolution personnelle et professionnelle. Un juge catholique peut, aujourd'hui en Espagne, se reconnaître dans l'orthodoxie catholique, mais aussi dans les nouveaux mouvements chrétiens alternatifs.

D'autre part, la société catalane de Barcelone, où j'habite, est largement pluriculturelle du fait des migrations intérieures (provenant de Murcie, au début du XXe siècle, d'Andalousie et d'Extremadura, pendant les années 1950-1970) et extérieures (l'immigration magrébine, la subsaharienne, la sud-américaine, depuis les années 1980 jusqu'à nos jours).

Le défi est important et nombreuses sont les situations que le juge doit résoudre en tenant compte de cette diversité culturelle. Au service de la société démocratique et de ses valeurs, le juge fait face à des cas juridiques d'une certaine transcendance « religieuse », des situations de confrontation

ou conflit moral (intérieur), et s'interroge dans certains cas sur la possibilité d'appliquer la « clause de conscience » devant le principe de légalité.

Ce n'est pas mon cas, mais j'ai connu des collègues pour lesquels appliquer la loi du divorce (1981) ou formaliser un mariage entre homosexuels (reconnu par une réforme de 2005) constituait un dilemme moral.

J'ai connu des collègues pour lesquels appliquer la loi du divorce (1981) ou formaliser un mariage entre homosexuels (reconnu par une réforme de 2005) constituait un dilemme moral

Dans le travail de bureau, les éléments limitant la possibilité que le juge impose ou se laisse influencer par des principes religieux sont extrêmement importants. Je dirai qu'il y a quatre règles essentielles à respecter :

- La mise à l'écart des valeurs « morales » d'origine religieuse : le juge ne peut imposer son idéologie religieuse. En cas de conflit entre la loi et la religion, il doit abandonner ses fonctions (une « clause de conscience » ne serait pas facilement acceptable).
- L'interdiction des admonitions morales aux arrêts et décisions: il est vrai que les résolutions judiciaires sont souvent « chargées » de « messages étiques » explicites ou implicites. Mais les fondements de tels principes doivent être extraits des droits, principes et valeurs constitutionnelles, et non de la religion.
- La recherche constante de « valeurs » sociales (droits, principes et valeurs constitutionnelles). Le catalogue des valeurs n'est pas fini. Il est toujours à refaire, en tenant compte des apports des spécialistes en sciences sociales et juridiques, ainsi que ceux des cultures des nouveaux citoyens qui arrivent en Espagne à travailler et à vivre.
- Le juge doit toujours maintenir un travail personnel de formation et d'actualisation déontologique. La formation continue concerne aussi la formation des valeurs et n'est jamais une tâche achevée.

Quelques «themes de frontiere»

Pour finir ces simples notes (qui ne cherchent qu'à inciter au débat), je voudrais former une liste de thèmes actuellement polémiques dans la société espagnole et au sein de la profession judiciaire :

- L'union non matrimoniale (les pactes civils de communauté et leurs effets juridiques, spécifiquement en cas de crise).
- L'intégrisme catholique, les témoins de Jehova, l'islamisme radical.
- Les droits sur le corps et leurs limites (avortement, traitement médical, ablation, alimentation assistée, euthanasie).
- La stérilisation des handicapés.
- La liberté religieuse et le sectarisme (Sectes CEIS, Enfants de Dieu, etc.)
- Les cultures urbaines et la formation à la citoyenneté: entre le respect de la diversité et le besoin d'intégration sociale.
- Les signes extérieurs de la confession religieuse (crucifix, soutane, « tchador ») et les coordonnées de lieu, finalité et conflit d'intérêts.

Il est évident que chacun de ces thèmes pourrait faire l'objet d'un ou plusieurs séminaires. J'espère, donc, que nous aurons l'occasion de nous retrouver pour continuer ces intéressants échanges culturels et professionnels.

Ser juez en Marruecos y en España.

Derecho de familia en Marruecos y en España

El derecho de familia en Marruecos.
Saadia Belmir

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

EL DERECHO DE FAMILIA EN MARRUECOS

Saadia Belmir

Magistrada, Consejera en el Gabinete del Ministro de Justicia, Rabat

En el derecho interno de los países árabo-musulmanes, la expresión "estatuto personal" se utiliza mucho más a menudo que en derecho internacional privado. Así, en estos países la noción de estatuto personal sirve, como señala el internacionalista Yves Carlier, como categoría de incorporación a la ley personal desde un punto de vista amplio. En este sentido, designa en el derecho interno la capacidad y el estado de las personas, englobando el estatuto familiar (que comprende, entre otras cosas, las sucesiones y los regímenes matrimoniales).

En el derecho interno de los países árabo-musulmanes, la expresión "estatuto personal" se utiliza mucho más a menudo que en derecho internacional privado

En los sistemas jurídicos europeos (Europa continental), en cambio, la noción de estatuto personal tiene un contenido más restringido, que podría situarse entre la noción de estatuto personal del *Common Law* y aquella admitida en derecho musulmán.

Se recogen la noción de estado y de capacidad de las personas para excluirlas del campo de aplicación material de las reglas de las convenciones europeas relativas al estatuto personal.

En el ordenamiento jurídico marroquí el estatuto personal está regido por diversas reglas que consagran:

1. **Una regla de conflicto interna** en la materia teniendo en cuenta las categorías religiosas de la sociedad marroquí que recoge el Código de la nacionalidad (art. 3, apartados 1 y 2), el cual prevé:
   a. Que a excepción de los marroquíes de confesión judía, que están sometidos al estatuto personal hebraico marroquí, el código de estatuto personal y sucesorio que rige para los marroquíes musulmanes se aplica a todos los nacionales.
   b. Que, en todo caso, las siguientes prescripciones se aplican a los marroquíes no musulmanes ni judíos:
      i. La poligamia les está prohibida.
      ii. La reglas que regulan la lactancia no les son aplicables.
      iii. Su divorcio sólo puede ser proclamado judicialmente después de una tentativa infructuosa de conciliación y una vez que se haya realizado una investigación sobre los motivos de la demanda de separación.
   c. Que en caso de conflicto prevalece la ley del marido o del padre.

El estatuto personal que depende del sistema jurídico árabo-musulmán cubre las reglas de fondo y de forma relativas al matrimonio, a sus efectos personales, matrimoniales y pecuniarios, a la filiación, a la disolución del matrimonio (divorcio, defunción) y a las sucesiones

2. **Una regla de conflicto internacional** consagrada por el *Dahir* de 12 de agosto de 1913 relativo a la condición civil de los extranjeros en Marruecos (DCC), texto que introdujo por primera vez en el derecho interno marroquí la teoría del conflicto de leyes y el concepto de la personalidad de las leyes, conservado y extendido a la totalidad del territorio marroquí por la ley de 26 de enero de 1965.

Así, al mismo tiempo que consagra el principio de personalidad de las leyes en materia de estatuto personal, el Derecho Internacional Privado marroquí:

I. Se construye de forma vacilante pero consolidada por el papel de la jurisprudencia.
II. Es calificado como ambivalente a causa de su doble pertenencia a la comunidad internacional y a la comunidad musulmana (análisis del profesor Abderrazak Moulay R'chid).
III. Se inscribe dentro de la lógica de un derecho positivo compuesto, en el cual coexisten el derecho musulmán, el consuetudinario local y la aportación occidental, construido a partir del conjunto de códigos y textos elaborados esencialmente durante la primera fase del protectorado.
IV. Desde esta óptica, la dimensión de la noción de estatuto personal es más amplia que aquella que pueda tener en el sistema occidental. Cubre esencialmente el estatuto familiar de una persona con las dimensiones normativas que le atribuye el sistema jurídico al que pertenece. De este modo, el estatuto personal que depende del sistema jurídico árabo-musulmán cubre las reglas de fondo y de forma relativas al matrimonio, a sus efectos personales, matrimoniales y pecuniarios, a la filiación, a la disolución del matrimonio (divorcio, defunción) y a las sucesiones.

Cuando acudimos al *Dahir* relativo a la condición civil de los extranjeros, nos percatamos de que reserva una situación especial a la ley nacional de los extranjeros, especialmente en lo que se refiere a su estatuto personal. De este modo:

a. El estado y la capacidad del extranjero están sometidos a su ley nacional (art. 3)
b. El derecho a contraer matrimonio se rige por la ley nacional de cada uno de los futuros esposos (art. 8)
c. Los extranjeros tienen derecho a solicitar el divorcio o la separación según las condiciones fijadas por su ley nacional (art. 9)
d. La ley nacional de los esposos rige los efectos del divorcio.
e. Desde el punto de vista procedimental:
   i. Los extranjeros pueden casarse únicamente siguiendo las formas admitidas en su ley nacional (art. 11)
   ii. Los efectos del matrimonio de esposos extranjeros se rigen por su ley nacional común, o por sus respectivas leyes nacionales, en caso de tener nacionalidades distintas. Sin embargo, en relación con las obligaciones de alimentos la jurisprudencia privilegia la ley del acreedor de los alimentos. Según establece el artículo 15 del DCC, la ley nacional del marido en el momento de celebrarse el matrimonio rige los efectos de éste sobre los bienes de los esposos. El cambio de nacionalidad de uno o de ambos esposos no tiene ningún efecto sobre el régimen matrimonial.

f. La ley nacional también rige las relaciones entre padres e hijos relativas al estatuto personal, respecto a las relaciones que se inscriben obligatoriamente en el marco de la noción de familia legítima (la ley prohíbe la adopción pero reconoce la tutela o *kafala*[1] y el *tanzil*[2]).
g. En materia sucesoria, el artículo 18 del DCC prevé que sea de aplicación la ley nacional del difunto en relación con la designación de los sucesores, el orden según el cual van a ser llamados, las partes que se les atribuyen, las relaciones, la cuota disponible y la reserva. Por lo que se refiere al testamento, también está ligado a la ley nacional del difunto.

En efecto, el DCC no se limita a consagrar un respeto absoluto e integral a la ley extranjera relativa al derecho de las personas, sino que incluso incluye aquellas materias que la ley extranjera no liga al estatuto personal.

Ésta es una de las particularidades de la condición de la ley extranjera en el DCC; la otra reside esencialmente en la actitud adoptada tanto por sus autores como por las jurisdicciones bajo el protectorado francés (en la zona sur del país).

Sin embargo, algunos juristas han visto en la promulgación del *Dahir* de 04/03/1960, relativo a las condiciones formales del matrimonio mixto entre marroquíes y extranjeros, una réplica a las disposiciones del DCC, estipulando, por ejemplo, que la celebración del matrimonio civil en suelo marroquí está autorizada siempre que haya sido previamente celebrado conforme a la forma *adoular*[3] o rabínica, tal y como está previsto en la ley nacional local.

En la práctica, el *Dahir* de 04/03/1960 ha sido extendido al matrimonio celebrado entre dos extranjeros cuando uno de ellos sea de confesión musulmana.

Con todo, teniendo en cuenta la gran cantidad de nacionales marroquíes establecidos en occidente (Europa, América) y la situación en la que se encontraban a causa de la aplicación por las jurisdicciones de estos países de reglas incompatibles con aquellas que rigen su propio estatuto personal, Marruecos inició a partir de 1979 un proceso de negociación con ciertos estados de cara a adoptar convenciones que permitieran limitar en la medida de lo posible los conflictos en esta materia.

Asimismo, adhirió a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1994) y ratificó los convenios multinacionales acordados en el marco de las Naciones Unidas y de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Es importante recalcar en este sentido que los primeros convenios bilaterales de cooperación judicial acordados poco después de la independencia evitaban tratar de forma directa esta cuestión, aunque sí se tenía en cuenta desde el punto de vista normativo en relación con el exequátur y con la determinación de la ley aplicable en dicha materia.

A partir de 1979, se firmaron varios convenios que tratan específicamente del estatuto personal, en particular con Bélgica, y acto seguido con Francia, España y otros países como Turquía, Egipto, Siria y los Emiratos Árabes Unidos.

Los efectos del matrimonio de esposos extranjeros se rigen por su ley nacional común, o por sus respectivas leyes nacionales, en caso de tener nacionalidades distintas. Sin embargo, en relación con las obligaciones de alimentos la jurisprudencia privilegia la ley del acreedor de los alimentos

La nueva reforma del código de familia

El nuevo código de la familia introduce, por primera vez, una regla ya consagrada por las reglas del derecho internacional privado marroquí: el principio de la personalidad de las leyes

a) Las reglas relativas a esta materia fueron codificadas por vez primera en 1957, en un texto de derecho positivo llamado *Moudawana*.
b) Situado en su contexto, esta operación reviste un gran valor jurídico dada la coyuntura y la gran capacidad de los *Oulemas* que lo elaboraron.
c) En los años 70, la Comisión Real de la Codificación elaboró un primer proyecto de texto refundido de la *Moudawana*, compuesto por más de 300 artículos, que finalmente no vio la luz.
d) En 1993, el difunto Rey Hassan II recibió una delegación de mujeres marroquíes que le presentaron sus demandas en relación con la reforma de la *Moudawana*. Situando estas demandas dentro de una perspectiva religiosa, Su Majestad el Rey designó una Comisión Real para que examinara los siete puntos que eran objeto de las súplicas, a saber:
   1. El papel del *wali* en la celebración del matrimonio;
   2. La representación legal de los niños;
   3. La regulación de la poligamia;
   4. El arbitraje y la conciliación;
   5. La custodia de los hijos;
   6. La pensión alimenticia.

   La Comisión Real sometió a la apreciación del difunto Rey Hassan II sus proposiciones relativas a los puntos incluidos en el *Dahir* de 10 de septiembre de 1993.
e) En 1999, el departamento encargado de los asuntos sociales incluyó en un plan de integración al desarrollo de la mujer algunas proposiciones relativas a la reforma de la *Moudawana*. El clamor provocado por dicho plan hizo necesaria la intervención del Rey.
f) El 5 de marzo de 2000, Su Majestad el Rey Mohammed VI recibió diversas organizaciones femeninas que acudieron a él para presentar toda una serie de propuestas en relación con la nueva reforma de la *Moudawana*.
g) Su Majestad el Rey designó una Comisión Real para proceder a una refundición del código de la familia, teniendo en cuenta el referente religioso, la evolución de la sociedad marroquí y el papel de la mujer en dicha sociedad.

El nuevo texto entró en vigor el 5 de marzo de 2004, después de ser adoptado por el Parlamento y de ser homologado por Su Majestad el Rey.

Soluciones adoptadas en el nuevo código de la familia

El nuevo código de la familia se caracteriza por:

1. Introduce, por primera vez, una regla ya consagrada por las reglas del derecho internacional privado marroquí: el principio de la personalidad de las leyes, consagrado por el artículo 3 del código de la nacionalidad marroquí, del código de obligaciones y contratos, del DCC de 12 de agosto de 1913 y del artículo 1 del convenio franco-marroquí de 10 de agosto de 1981 sobre el estado de las personas y de la familia.

2. Mantiene el sentido amplio de la noción de estatuto personal en relación con una noción mas restrictiva de esta disciplina en el ordenamiento jurídico europeo, en el marco del cual algunas legislaciones excluyen los regímenes matrimoniales y los contratos.
3. Eleva hasta los 18 años la edad mínima para contraer matrimonio para ambos esposos.
4. Reconoce que ambos esposos deben compartir las responsabilidades del hogar conyugal y las obligaciones relativas a los hijos comunes.
5. Añade nuevas condiciones de forma y de fondo a la poligamia.
6. Extiende el derecho de la futura esposa mayor de edad a no tener que recurrir a un padre tutor (*wali*) para la celebración del matrimonio en caso de ausencia o alienación de éste.
7. Mantiene a cargo del marido solvente la obligación de mantener a su esposa e hijo y consagra el papel judicial en el procedimiento de la repudiación (*Ministère public*[4], juez *tawtik*[5])
8. Consolida el papel de la madre respecto a la representación legal de los hijos.
9. Añade a la posibilidad de solicitar el divorcio judicial por culpa, en los casos estrictamente fijados por la ley (facilitando la producción por parte del esposo demandante -la esposa- de las pruebas del maltrato o del perjuicio sufrido), los procedimientos de *chikak*[6], y el divorcio por consentimiento mutuo.
10. Con relación a los regímenes matrimoniales, prevé, además del régimen legal de separación de bienes entre esposos, la posibilidad de concluir un contrato de comunidad limitada a los bienes gananciales.

Las nuevas disposiciones relativas al estatuto personal de los marroquíes residentes en el extranjero

A. La primera disposición es aquella prevista por el artículo 2, que dispone que el código se aplique:

   a. A todos los marroquíes, incluidos aquellos que también tengan otra nacionalidad (binacionales),
   b. A los refugiados y a los apátridas,
   c. A las relaciones entre dos personas marroquíes, una de las cuales sea musulmana.

B. Una primera lectura muestra:

   a. Que el elemento religioso no aparece en el primer apartado del artículo 2, en la medida en que, teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 3 del código de la nacionalidad y del DCC, se trata en principio de marroquíes musulmanes.
   b. De igual modo, la residencia o el nacimiento en el extranjero no aparecen en el texto, aunque se sobreentiendan.
   c. El texto no refleja claramente los efectos jurídicos de la regla de conflicto interno, prevista en el artículo 3 del código de la nacionalidad.

C. Así pues, según esta primera lectura:

   a. A través de esta formulación del citado artículo 2, el legislador subraya la regla por la cual el estatuto personal del marroquí se

rige por el código marroquí de familia; el hecho de que dicha persona tenga otra nacionalidad o que resida en el extranjero no puede ser tomado en consideración. Se privilegia aquí claramente el principio de la personalidad de las leyes frente al de la territorialidad de las leyes. Sin embargo, en la mayor parte de países que acogen a nuestros nacionales, entre los cuales se encuentra España, prevalece este último principio, en la medida en que supone, como ya hemos indicado más arriba, que toda persona presente en el territorio de un estado se someta a su legislación.

Si la característica principal del derecho internacional privado marroquí reside, en este ámbito, en la preferencia por el principio de personalidad de las leyes con el fin de favorecer la estabilidad del estatuto personal del extranjero, en Occidente en general, y en Europa en particular, prevalece la territorialidad de las leyes

Personalidad de las leyes frente a la opción europea de la territorialidad de las leyes

Como ya hemos precisado antes, si la característica principal del derecho internacional privado marroquí reside, en este ámbito, en la preferencia por el principio de personalidad de las leyes con el fin de favorecer la estabilidad del estatuto personal del extranjero, en Occidente en general, y en Europa en particular, prevalece la territorialidad de las leyes.

De hecho, la personalidad de las leyes era utilizada durante la colonización como un factor de protección de los extranjeros que provenían del estado colonizador (impacto del derecho colonial). Los pueblos colonizados, entre los cuales se encontraba Marruecos, y que estaban excluidos de la nacionalidad del país colonizador, tuvieron la fortuna de poder mantener sus estatutos personales confesionales, de lo cual deriva el mantenimiento en los territorios colonizados de un dualismo jurídico, que evolucionó hacia una progresiva restricción del campo de intervención del derecho musulmán en provecho del derecho colonial.

Después de la independencia de las colonias, se acentuó el flujo migratorio hacia Europa, especialmente hacia España, Francia, Bélgica, Holanda, Italia, Gran Bretaña y Suiza.

En los territorios de los países de acogida prevalecía el dualismo del código civil del estado de acogida/estatuto personal del derecho personal de los países colonizados, que posteriormente dio lugar al dualismo código civil/ley extranjera.

Así, en España por ejemplo, las reglas del derecho internacional privado en vigor entrarán en colusión con las leyes locales sobre la entrada y residencia de los emigrantes, prerrogativa ligada a la soberanía del Estado, los decretos y las circulares, en la medida en que se trata de reglas cuyas estructuras, objetivos y autores son fundamentalmente diferentes.

Según Emmanuelle Andreg, la puesta en marcha de las leyes sobre la entrada y la residencia se impondrá a las reglas del derecho internacional privado. Una de las razones de esta situación reside en el hecho de que las reglas del derecho internacional privado tienen diversas fuentes pero no están codificadas, lo que convierte su conocimiento en una ardua tarea; por otro lado, éstas conducen de forma indiferente a la aplicación de una ley extranjera o de una ley del país de acogida del migrante. Su variación está ligada al factor de arraigo más apropiado en términos absolutos, mientras que la variación de las leyes de entrada y de residencia depende de imperativos económicos y políticos.

En otro plano, se ha constatado que a pesar de la similitud de los términos empleados tanto por las leyes europeas de entrada y de residencia como por su derecho internacional privado, *dichos términos encierran nociones muy diferentes*, como es el caso de la expresión "orden público", cuya utilización en las leyes de entrada y residencia es de orden represivo (privar del acceso al territorio y del derecho de residencia al extranjero que constituye una amenaza para el orden público) mientras que en derecho internacional privado la excepción de orden público internacional persigue impedir la aplicación de una ley extranjera cuyas disposiciones sean incompatibles con los principios fundamentales del derecho del estado que acoge al extranjero.

A menudo, las afectadas son reglas de derecho de países musulmanes en relación, por ejemplo, con la prohibición de establecer la filiación no matrimonial a partir del padre, así como con la poligamia o con la repudiación.

En general y sobre la base del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los países de la Comunidad Europea tratan el derecho de los extranjeros a través del criterio de la igualdad total de los esposos tanto en el plano individual como en lo relativo al estatuto familiar. Se insiste en la preocupación (del legislador, del juez y del jurista en general) de que las reglas del derecho de familia de los países de origen mejoren a favor de la consolidación de los derechos de la mujer y que se refuerce el contenido de su capacidad jurídica en tanto que sujeto de derecho, capaz de obligar y de obligarse.

Pero la dicotomía existente entre las reglas de derecho internacional privado y las leyes locales europeas acerca de la entrada y la residencia de los extranjeros en su territorio dificulta la apreciación de cualquier avance en los códigos de familia árabo-musulmanes, como ha ocurrido con la *Moudawana,* en Marruecos.

La dicotomía existente entre las reglas de derecho internacional privado y las leyes locales europeas acerca de la entrada y la residencia de los extranjeros en su territorio dificulta la apreciación de cualquier avance en los códigos de familia árabo-musulmanes, como ha ocurrido con la Moudawana

De este modo, para evitar la aplicación de las leyes de los países de origen, especialmente los musulmanes, designadas por las reglas de derecho internacional privado relativas al estatuto personal de sus migrantes, las jurisdicciones de los países europeos invocan las desigualdades contenidas en los códigos de los países de origen que tratan del estado de las personas y de la familia, en particular aquellas referidas a la tutela matrimonial, visto el desequilibrio existente entre deberes y derechos recíprocos de los esposos, tanto en lo relativo a la celebración del contrato de matrimonio como durante la vida familiar y en el momento de su disolución, desequilibrio sintetizado en la obligación de obediencia de la mujer, que la privaría de sus derechos en tanto que sujeto de derecho.

Conclusión

La reforma del código de la familia en Marruecos ha sido sin duda considerada en el ámbito europeo, por ejemplo en España, como un gran avance dentro de su contexto, pero recibe, en función de las reglas de derecho internacional privado en vigor en esos países, una apreciación insuficiente para que pueda ser tomada en consideración por su ordena-

miento jurídico, precisamente a causa del mantenimiento, aunque con más condiciones, de la poligamia y la repudiación, consideradas en el marco de dicho ordenamiento como contrarias al principio de igualdad entre los esposos; una actitud y un rechazo que se ven confirmados por las leyes de entrada y residencia en estos países.

Con todo, en el marco más general de la condición de los extranjeros:

1. Las reglas de conflictos, de leyes, de jurisdicciones y de nacionalidad que generan las reglas de derecho internacional privado en vigor en estos países privilegian la territorialidad de las leyes, particularmente cuando se trata de leyes de países musulmanes.
2. Las garantías contenidas en las propias leyes nacionales del migrante relativas a su plena capacidad jurídica, especialmente en el código de la familia, son, a menudo, insuficientes.
3. Los países de la Comunidad Europea, así como los países de Oriente Medio que reciben inmigrantes, no han ratificado todavía la Convención de Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias de 1990.

En resumen, se plantea la cuestión de cómo es recibida la reforma de nuestro código de la familia en relación con las reglas de derecho internacional privado en vigor en los países europeos, entre los cuales se encuentra España. Algunos de estos países, a través de la codificación de las reglas del derecho internacional privado en general y particularmente de aquellas relativas al estatuto personal, llegan incluso a prescribir la prohibición de aplicar la ley nacional del extranjero que prevea instituciones tales como el repudio o la poligamia, aunque no haya habido intervenciones legislativas al respecto.

La justicia en estos países (España, Francia, Italia y Países Bajos) rechaza a menudo dichas instituciones y sus efectos dando preferencia al Convenio Europeo de salvaguardia de los Derechos Humanos. Esta situación podría agravarse con la emergencia, indicada más arriba, del derecho internacional privado comunitario.

Notas

1. La *kafala* (similar a un acogimiento permanente) de un menor requiere una sentencia judicial de declaración de abandono de éste, es constituida y ejecutada por orden judicial y se acompaña de autorización judicial para que la persona que ha acogido al menor pueda, si es el caso, establecerse con él de manera permanente en el extranjero. *N. del T.*
2. El *tanzil* es una institución que permite remediar a la carencia de derechos sucesorios, asegurando un sucesor a la persona que no tiene descendencia. *N. del T.*
3. Ante el *Adoul*, que en el derecho marroquí es una especie de notario tradicional. *N. Del T.*
4. El *ministère public*, es el conjunto de magistrados que en una jurisdicción determinada están encargados de defender los intereses de la colectividad nacional que constituyen el orden público. *N. del T.*
5. Juez de familia. *N. del T.*
6. Divorcio por discordia. *N. del T.*

Être juge au Maroc et en Espagne.

Droit de la famille au Maroc et en Espagne

Le droit de la famille au Maroc

Saadia Belmir

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

Saadia Belmir

Magistrat, Conseiller au Cabinet de Monsieur le Ministre de la Justice, Rabat

Dans les droits internes des pays arabo-musulmans, l'expression « statut personnel » s'utilise beaucoup plus qu'en droit international privé

Dans les droits internes des pays arabo-musulmans, l'expression « statut personnel » s'utilise beaucoup plus qu'en droit international privé. En effet, dans ces pays, la notion de statut personnel sert, ainsi que le souligne l'internationaliste Yves Carlier, de catégorie de rattachement à la loi personnelle avec un contenu large. Elle désigne donc en droit interne la capacité et l'état des personnes englobant le statut familial (qui comprend, entre autres, les successions et les régimes matrimoniaux).

En revanche, dans les systèmes juridiques européens (Europe continentale), la notion de statut personnel a un contenu plus restreint, qui peut être situé entre celui de la *Common Law* et celui admis en droit musulman.

La notion d'état et de capacité des personnes est reprise pour être exclue du champ d'application matérielle des règles des conventions européennes régissant le statut personnel.

Dans l'ordre juridique marocain, on peut relever la diversité des règles régissant le statut personnel, dans la mesure où elles consacrent :

1. **Une règle de conflit interne** *en la matière, compte tenu des catégo*ries religieuses de la société marocaine du code de la nationalité (art. 3 alinéas 1 et 2) qui prévoit :
   a. Qu'à l'exception des Marocains de confession juive qui sont soumis au statut personnel hébraïque marocain, le code de statut personnel et successoral régissant les marocains musulmans s'applique à tous les nationaux.
   b. Que toutefois les prescriptions ci-après s'appliquent aux Marocains ni musulmans, ni israélites :
      I. la polygamie leur est interdite.
      II. les règles régissant l'allaitement ne leur sont pas applicables.
      III. leur divorce doit être prononcé judiciairement après une tentative de conciliation demeuré infructueuse et une enquête sur les motifs de la demande de séparation.
   c. qu'en cas de conflit, la loi du mari ou celle du père prévaudra.

2. **Une règle de conflit international** *consa*crée par le Dahir du 12 août 1913 relatif à la condition civile des étrangers au Maroc (DCC), texte qui a introduit, pour la première fois dans le droit interne marocain, la théorie du conflit des lois et le concept de la personnalité des lois, maintenu et étendu par la loi du 26/01/65 à l'ensemble du territoire marocain.

Le statut personnel relevant du système juridique arabo-musulman couvre les règles de fond et de forme relatives au mariage, à ses effets personnels, matrimoniaux, et pécuniaires, à la filiation, à la dissolution du mariage (divorce, décès) et aux successions

De ce fait, tout en consacrant le principe de la personnalité des lois en matière de statut personnel, le droit international privé marocain :

I. Est en construction hésitante mais consolidée par le rôle de la jurisprudence.
II. Il est qualifié d'ambivalent en raison de sa double appartenance à la communauté internationale et à la communauté musulmane (analyse du professeur M. Abderrazak Moulay R'chid).
III. Il s'inscrit dans la logique d'un droit positif composite dans lequel coexistent les droits musulman, coutumier local et l'apport occidental, fait de l'ensemble des codes et textes élaborés essentiellement pendant la première phrase du protectorat.
IV. Dans cette optique, la dimension de la notion de statut personnel est plus large que celle qu'elle peut avoir dans le système occidental. Elle couvre essentiellement le statut familial d'une personne avec les dimensions normatives que lui attribue le système juridique d'appartenance. Ainsi, le statut personnel relevant du système juridique arabo-musulman couvre les règles de fond et de forme relatives au mariage, à ses effets personnels, matrimoniaux, et pécuniaires, à la filiation, à la dissolution du mariage (divorce, décès) et aux successions.

Lorsque l'on se réfère au dahir relatif à la condition civile des étrangers on constate qu'il réserve une situation privilégiée à la loi nationale des étrangers, essentiellement en ce qui concerne leur statut personnel, ainsi :

a. L'état et la capacité des étrangers sont soumis à leur loi nationale (art. 3).
b. Le droit de contracter le mariage est régi par la loi nationale de chacun des futurs époux (art. 8).
c. Les étrangers ont le droit de demander le divorce ou la séparation de corps, aux conditions fixées par leur loi nationale (art. 9)
d. La loi nationale des époux régit les effets de divorce.
e. Sur le plan procédural :
   i. Les étrangers ne peuvent se marier que suivant les formes admises par leur loi nationale (art. 11).
   ii. Les effets du mariage des époux étrangers sont régis par leur loi nationale commune, ou par leurs lois nationales respectives en cas d'appartenance à deux nationalités différentes. Mais, dans le cas d'obligations alimentaires, la jurisprudence privilégie la loi du créancier d'aliments. Aux termes de l'article 15 du DCC, la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage, régit les effets du mariage sur les biens des époux. Le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux est sans effet sur le régime matrimonial.
f. La loi nationale régit aussi les rapports relevant du statut personnel entre parents et enfants. Concernant les rapports qui s'inscrivent obligatoirement dans le cadre de la notion de famille légitime (la loi interdit l'adoption, mais reconnaît la prise en charge ou Kafala[1] et le Tanzil[2]).
g. En matière successorale, l'article 18 du DCC prévoit la compétence de la loi nationale du défunt en ce qui concerne la désignation des successeurs, l'ordre dans lequel ils sont appelés, les parts qui leurs sont attribuées, les rapports, la quotité disponible et la réserve. Quant au testament, il est rattaché à loi nationale du défunt.

En effet, le DCC ne se limite pas à consacrer un respect absolu et intégral de la loi étrangère relative aux droits des personnes, il y intègre même les matières que la loi étrangère ne fait pas relever du statut personnel.

Ceci est l'une des particularités de la condition de la loi étrangère dans le DDC ; l'autre réside essentiellement dans l'attitude adoptée, tant par ses auteurs que par les juridictions sous le protectorat français (zone sud du pays).

Les effets du mariage des époux étrangers sont régis par leur loi nationale commune, ou par leurs lois nationales respectives en cas d'appartenance à deux nationalités différentes. Mais, dans le cas d'obligations alimentaires, la jurisprudence privilégie la loi du créancier d'aliments

Mais certains juristes ont vu dans la promulgation du Dahir du 04/03/1960, relatif aux conditions de forme du mariage mixte entre marocains et étrangers, une réplique aux dispositions du DCC, en stipulant par exemple, que la célébration du mariage civil sur le territoire marocain est autorisée, à condition qu'elle soit faite au préalable en la forme adoulaire ou rabbinique, tel que prévu par la loi nationale locale.

Dans la pratique, le Dahir du 04/03/1960 a été étendu au mariage conclu entre deux étrangers dont l'un serait de confession musulmane.

Mais, compte tenu du nombre important des nationaux marocains établis en occident (Europe, Amérique) et de la situation qui se crée pour eux à l'occasion de l'application par les juridictions de ces pays de règles incompatibles avec celles régissant leur propre statut personnel, le Maroc s'est engagé dès 1979 dans un processus de négociations afin de conclure avec certains de ces Etats des conventions visant à limiter autant que possible les cas de conflit en la matière.

De même, il a tenu à adhérer à la Conférence de La Haye de droit international privé (1994) et à ratifier des conventions multinationales conclues dans le cadre des Nations Unies et de la Conférence de La Haye de droit international privé.

Il importe de souligner à ce propos que, si les premières conventions bilatérales d'entraide judiciaire conclues au début de l'indépendance évitaient le traitement direct de la question, cette dernière était toutefois normativement présente au niveau de l'exequatur et de la détermination de la loi applicable en cette matière.

A partir de 1979, des conventions traitant spécifiquement du statut personnel, ont été conclues, en particulier avec la Belgique et ensuite avec la France, l'Espagne et d'autres pays dont la Turquie, l'Egypte, la Syrie et les Emirats Arabes Unis.

La nouvelle réforme du code de la famille

a) Pour la première fois en 1957, les règles régissant la matière ont été codifiées dans un texte de droit positif appelé « Moudawana ».
b) Située dans son contexte, cette opération revêt une grande valeur juridique, compte tenu de la conjoncture et du niveau élevé de l'expertise des Oulémas qui l'ont élaboré.
c) Dans les années 70, la Commission Royale de la Codification a élaboré un premier projet de refonte de la Moudawana, composé de plus de 300 articles, qui n'a pas vu le jour.

Le nouveau code de la famille se caractérise par l'introduction pour la première fois d'une règle déjà consacrée par les règles du droit international privé marocain, à savoir le principe de la personnalité des lois

d) En 1993, Feu Sa Majesté Hassan II a reçu une délégation de femmes marocaines qui lui a présenté ses doléances relatives à la réforme de la Moudawana. Situant les doléances dans le référentiel religieux, Sa Majesté le Roi a désigné une Commission Royale pour examiner les sept points faisant l'objet des doléances, à savoir :
   1. Le rôle du wali dans la conclusion du mariage ;
   2. La représentation légale des enfants ;
   3. Le règlement de la polygamie ;
   4. L'arbitrage et conciliation ;
   5. La garde des enfants ;
   6. La pension alimentaire.

   La Commission Royale a soumis à l'appréciation de Feu Sa Majesté Hassan II ses propositions concernant les points inclus dans le Dahir du 10 septembre 1993.

e) En 1999, le département chargé des affaires sociales a inclus dans un plan d'intégration de la femme au développement des propositions concernant la réforme de la Moudawana. Le tollé soulevé par ce plan a rendu nécessaire le recours à l'arbitrage royal.
f) Le 5 mars 2000 Sa Majesté le Roi Mohamed VI a reçu des organisations féminines venues pour lui présenter leurs doléances relatives à une nouvelle réforme de la Moudawana.
g) Sa Majesté le Roi a désigné une Commission Royale pour procéder à une refonte du code de la famille, tenant compte du référentiel religieux, de l'évolution de la société marocaine et du rôle de la femme dans cette société.

Le nouveau texte est entré en vigueur le 5 mars 2004, après son adoption par le Parlement et son homologation par Sa Majesté le Roi.

Solutions adoptées dans le nouveau code de la famille

Le nouveau code de la famille se caractérise par :

1. L'introduction pour la première fois d'une règle déjà consacrée par les règles du droit international privé marocain, à savoir le principe de la personnalité des lois, consacré par l'article 3 du code de la nationalité marocaine, du code des obligations et contrats, du DCC du 12 août 1913 et l'article 1 de la convention franco-marocaine du 10 août 1981 sur l'état des personnes et de la famille.
2. Il maintient le sens large de la notion de statut personnel par rapport à une notion plus restreinte de cette discipline dans l'ordre juridique européen, où certaines législations en excluent les régimes matrimoniaux et les contrats.
3. Il élève à 18 ans l'âge matrimonial pour les deux futurs époux.
4. Il reconnaît aux deux époux le partage de la responsabilité du foyer conjugal et des obligations vis-à-vis des enfants communs.
5. Il apporte à la polygamie de nouvelles conditions de fond et de forme.
6. Il étend le droit de la future épouse majeure à ne pas avoir recours au père tuteur (wali) pour la célébration du mariage, en cas d'absence ou d'aliénation de ce dernier.

7. Il maintient à la charge du mari solvable, l'obligation d'entretenir son épouse et ses enfants et consacre le rôle judiciaire de la procédure de la répudiation (ministère public, juge tawtik).
8. Il consolide le rôle de la mère dans la représentation légale de ses enfants.
9. Il ajoute à la possibilité de demander le divorce judiciaire pour faute, dont la liste est toujours limitée (en facilitant la production par l'époux demandeur - l'épouse - des preuves des sévices ou du préjudice subi), les procédures de chikak[3], et de divorce par consentement mutuel.
10. Concernant les régimes matrimoniaux, il prévoit, en plus du régime légal de séparation des biens entre époux, la possibilité pour eux de conclure un contrat de communauté limité aux acquêts.

Les nouvelles dispositions concernant le statut personnel des marocains résidants à l'étranger

A. La première disposition est celle prévue par l'article 2 qui dispose que le code s'applique :

   a. À tous les marocains, même ceux portant une autre nationalité (binationaux) ;
   b. Aux réfugiés et apatrides ;
   c. Et aux relations entre deux personnes marocaines dont l'une est musulmane.

B. Une première lecture fait ressortir :

   a. Que l'élément religieux n'apparaît pas dans la première proposition de l'article 2, dans la mesure où il est question en principe de marocains musulmans compte tenu des dispositions de l'article 3 du code de la nationalité et du DCC.
   b. De même, l'élément résidence ou naissance à l'étranger quoique sous-entendu, n'apparaît pas dans cette rédaction.
   c. Le texte ne reflète pas clairement les effets juridiques de la règle du conflit interne, prévue par l'article 3 du code de la nationalité marocaine.

C. Donc d'après cette première lecture :

   a. A travers cette formulation de l'article 2 sus-vis, le législateur met en valeur la règle selon laquelle le statut personnel du marocain est régi par le code marocain de la famille ; le fait que cette personne porte une autre nationalité ou qu'elle soit établie à l'étranger, ne peut être pris en considération. Il privilégie clairement le principe de la personnalité des lois face à celui de la territorialité des lois. Or, dans la plupart des pays d'accueil de nos ressortissants, dont l'Espagne, c'est ce dernier principe qui prévaut, dans la mesure où il suppose, comme nous l'avons précisé ci-dessus, que toute personne présente sur le territoire d'un Etat, se soumette à sa législation.

Personnalité des lois face à l'option européenne pour la territorialité des lois

Si la caractéristique principale du droit international privé marocain réside dans la préférence en la matière du principe de la personnalité des lois afin de favoriser la stabilité du statut personnel de l'étranger, en Occident en général, et en Europe en particulier, c'est la territorialité des lois qui prévaut

Comme précisé auparavant, si la caractéristique principale du droit international privé marocain réside dans la préférence en la matière du principe de la personnalité des lois afin de favoriser la stabilité du statut personnel de l'étranger, en Occident en général, et en Europe en particulier, c'est la territorialité des lois qui prévaut.

En fait, la personnalité des lois était du temps de la colonisation utilisé comme facteur de protection pour les étrangers ressortissants de l'état colonisateur (impact du droit colonial). Les peuples colonisés, dont le Maroc, étant exclus de la citoyenneté du pays colonisateur, ont reçu l'aubaine du maintien de leurs statuts personnels confessionnels, d'où le maintien sur les territoires colonisés, d'un dualisme juridique, avec une évolution vers la restriction du champ d'intervention du droit musulman au profit du droit colonial.

Après l'accès des colonies à l'indépendance, le flux des émigrations vers l'Europe s'est accentué, notamment en Espagne, en France, en Belgique, en Hollande, en Italie, en Grande-Bretagne et en Suisse.

Sur les territoires des Etats d'accueil, prévalait le dualisme code civil de l'état d'accueil/statut personnel du droit local des pays colonisés, qui ensuite a cédé la place, au dualisme code civil local/loi étrangère.

Ainsi, en Espagne par exemple, les règles du droit international privé qui sont en vigueur vont entrer en collusion avec les lois locales sur l'entrée et le séjour des émigrants, prérogative liée à la souveraineté de l'Etat, les décrets et les circulaires, dans la mesure où il s'agit de règles dont les structures, les objectifs et les auteurs sont foncièrement différents.

Pour Emmanuelle Andreg, la mise en œuvre des lois sur l'entrée et le séjour prendra le pas sur les règles du droit international privé. L'une des raisons de cette situation, réside dans le fait que les règles du droit international privé sont de sources diverses, mais non codifiées, ce qui rend ardue leur connaissance ; d'autre part, elles conduisent indifféremment à l'application d'une loi étrangère ou de la loi du pays d'accueil du migrant. Leur variation est liée au facteur de rattachement le plus approprié dans l'absolu, alors que la variation des lois sur l'entrée et le séjour, dépend des impératifs économiques et politiques.

Sur un autre plan, il est constaté que malgré la similitude des termes employés tant par les lois Européennes sur l'entrée et le séjour que par leur droit international privé, *ces derniers recouvrent des notions forts différentes*, comme c'est le cas de l'expression «*ordre public*», dont l'utilisation dans les lois d'entrée et de séjour est d'ordre *répressif* (priver d'accès au territoire et de droit au séjour l'étranger qui constitue une menace à l'ordre public) tandis qu'en droit international privé l'exception d'ordre public international vise à faire échec à l'application d'une loi étrangère incompatible dans ses dispositions avec les principes fondamentaux du droit de l'état d'accueil de l'étranger.

Souvent, sont visées certaines règles de droit des pays musulmans concernant par exemple, l'interdiction de l'établissement de la filiation hors mariage à l'égard du père, la polygamie et la répudiation.

En général, en se basant sur la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, les pays de la Communauté Européenne traitent le droit des étrangers à travers le critère de l'égalité totale des époux tant sur le plan individuel qu'au niveau du statut familial. On y insiste sur le souci (du législateur, du juge et du juriste en général) de voir les règles de droit familial des pays d'origine améliorées en faveur de la consolidation des droits de la femme et de voir le contenu de sa capacité juridique en tant que sujet de droit, capable d'obliger et de s'obliger, renforcée.

La dichotomie entre règles de droit international privé et lois locales européennes sur l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire infléchit l'appréciation de toute avancée opérée dans les codes arabo-musulmans de la famille, comme c'est le cas de la réforme de la Moudawana

Mais la dichotomie entre règles de droit international privé et lois locales européennes sur l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire infléchit l'appréciation de toute avancée opérée dans les codes arabo- musulmans de la famille, comme c'est le cas de la réforme de la Moudawana au Maroc.

Ainsi, pour écarter l'application des lois des pays d'origine, notamment musulmans, désignées par les règles locales de droit international privé relatives au statut personnel de leurs migrants, les juridictions des pays européens invoquent les inégalités contenues dans les codes des pays d'origine traitant de l'état des personnes et de la famille, en particulier celles relatives à la tutelle matrimoniale, au regard du déséquilibre entre les devoirs et les droits réciproques des époux, tant pour la conclusion du contrat du mariage que pendant la vie conjugale et au moment de sa dissolution, synthétisé par l'obligation d'obéissance de la femme, qui la viderait de ses droits en tant que sujet de droit.

Conclusion

La réforme du code de la famille au Maroc est certes considérée dans les pays européens, par exemple en Espagne, comme une grande avancée dans son contexte, mais elle reçoit, en fonction des règles de droit international privé en vigueur dans ces pays, une appréciation qui la rend insuffisante pour être prise en considération par leur ordre juridique, justement en raison du maintien, même avec plus de conditions, de la polygamie et de la répudiation, considérées dans le cadre de cet ordre juridique comme étant en contradiction avec le principe d'égalité entre les époux, d'autant plus que les lois d'entrée et de séjour dans ces pays confirment cette attitude et ce rejet.

Mais, situés dans le cadre plus général de la condition des étrangers :

1. Les règles de conflits, de lois, de juridictions et de nationalité, qu'engendrent les règles de droit international privé en vigueur dans ces pays, privilégient la territorialité des lois, notamment lorsqu'il s'agit de lois de pays musulmans ;
2. Les garanties contenues dans les propres lois nationales du migrant concernant sa pleine capacité juridique, notamment dans le code de la famille, sont souvent insuffisantes ;

3. Les pays de la Communauté Européenne ainsi que les pays du Moyen-Orient recevant des migrants n'ont pas encore ratifié la Convention des Nations Unies sur la protection des droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990.

En somme, la réception de la réforme de notre code de la famille au niveau des règles de droit international privé en vigueur dans les pays européens, dont l'Espagne, qui reçoivent une importante communauté marocaine, reste posée. Certains de ces pays, codifiant les règles du droit international privé en général et plus particulièrement celles relatives au statut personnel, vont jusqu'à prescrire l'interdiction de l'application de la loi nationale de l'étranger qui prévoit des institutions comme la répudiation ou la polygamie, même en l'absence d'interventions législatives.

La justice dans ces pays (Espagne, France, Italie et Pays Bas) écarte souvent ces institutions et leurs effets par référence à la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme. Situation qui pourrait être aggravée par l'émergence, comme on l'a indiqué plus haut, du droit international privé communautaire.

Notes

1. La *kafala* (similaire à l'accueil permanent), requiert un arrêt judiciaire de déclaration d'abandon, elle est constituée et exécutée par ordre judiciaire et est accompagnée d'une autorisation judiciaire afin que la personne qui a pris en charge le mineur puisse s'établir avec lui de façon permanente à l'étranger. *N. du T.*
2. Le *Tanzil* est une institution qui permet de remédier à l'absence de droits successoraux, en garantissant un successeur à la personne qui n'a pas de descendants. *N. du T.*
3. Divorce pour discorde. *N. du T.*

Ser juez en Marruecos y en España.

Derecho de familia en Marruecos y en España

El derecho de familia en España.
Catalina Mª Moragues Vidal

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

Catalina Mª Moragues Vidal

Magistrada de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca

El Derecho de Familia es uno de los ámbitos del Derecho que más ha evolucionado en España en los últimos treinta años. El objeto de mi exposición es poner de manifiesto las líneas maestras de esta evolución para mejor comprender las normas vigentes hoy en España. Es por tal motivo que, en primer lugar, enunciaré brevemente las características principales que regulaban el Derecho de familia previamente al año 1978, año en el que se promulgó la Constitución Española, pasando, en segundo lugar, a describir los principios que dimanan del citado texto constitucional, y que se hallan inmersos en los principio generales del orden jurídico de la Unión Europea, así como en el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona recogidos en los tratados internacionales, para concluir enumerando y describiendo someramente las principales leyes vigentes en la actualidad en España que regulan las relaciones familiares.

El derecho de familia previo a la Constitución democrática

Debe señalarse, ya de inicio, que la Constitución Española de 1978 (CE) supuso una ruptura con el anterior régimen franquista, caracterizado, en cuanto al tema que nos ocupa, por:

I. La naturaleza del matrimonio como un sacramento y no como un contrato, monopolizado por la iglesia católica, y por tanto, indisoluble y eterno;
II. La supremacía absoluta del cabeza de familia: el hombre, y la consideración de la mujer como una menor de edad con capacidad limitada y supeditada al marido;
III. La plena identidad entre matrimonio y familia y, consecuentemente, la discriminación respecto de los hijos habidos fuera del matrimonio, prohibiéndose la investigación de la paternidad;
IV. La penalización de cualquier tipo de conducta privada que fuera en contra de tales principios.

Ahora bien, el cambio operado en España a mediados de los años 70 en la materia que hoy nos ocupa, se enmarca también en lo que ha venido denominándose "la crisis de la familia tradicional", tema recurrente en todos los países desarrollados. En mi opinión, más bien se trata de una

crisis del Derecho de familia, en el sentido de que se ha producido una ruptura con los conceptos tradicionales al compás de la evolución de la sociedad, sus costumbres y sus cambios en la estructura familiar. Estas transformaciones sociales han provocado, evidentemente, la necesidad de transformar y adaptar las leyes a las nuevas realidades.

La familia ha ido cambiando a lo largo de los tiempos y, de una concepción de la familia religiosa, autoritaria y patriarcal, se ha pasado actualmente a una concepción naturalista, contractual e individualista, fundada sobre la búsqueda de la felicidad al situar en primer lugar la calidad de la relación afectiva.

La familia ha ido cambiando a lo largo de los tiempos y, de una concepción de la familia religiosa, autoritaria y patriarcal, se ha pasado actualmente a una concepción naturalista, contractual e individualista, fundada sobre la búsqueda de la felicidad al situar en primer lugar la calidad de la relación afectiva

Hoy, la familia en Europa es esencialmente nuclear y en numerosos casos monoparental, regida por la igualdad entre el hombre y la mujer, así como por la igualdad en la filiación, lo que ha acabado con la diferencia jurídica de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, biológicos o no biológicos. No hay crisis de la familia, sino un cambio cualitativo de ésta que obliga a cambiar las normas que la regulan. El cambio de la familia produce el cambio y la evolución del Derecho de familia.

Los principios constitucionales del derecho de familia actual en España

La Constitución Española de 1978 formula toda una serie de principios y derechos, de indudable trascendencia en materia de familia.

Artículo 1.1: España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Artículo 9.2: Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Artículo 10.1: La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Artículo 14: Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social**.**

Artículo 18. 1: Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Artículo 32: **1**. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. **2**. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Artículo 39: **1.** Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. **2**. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. **3**. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda

A lo anterior debe añadirse que el ordenamiento jurídico español está integrado no sólo por las normas emanadas del Parlamento, sino también por los Tratados y Convenios Internacionales firmados por España y el derecho de la Unión Europea, tanto en su formulación normativa como en la doctrinal plasmada en las resoluciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

En tal sentido debe recordarse que el artículo 10.2 de la CE 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.

De lo anteriormente expuesto puede concluirse que las tres grandes fuentes de las que emana la actual legislación española en materia de familia y matrimonio, derivadas de las normas constitucionales y de la jurisprudencia constitucional que las interpreta, son: 1) la plena igualdad de las personas que componen la familia, sea esta matrimonial o no, 2) la dignidad y 3) el libre desarrollo de la personalidad de sus miembros. Dichos principios constitucionales integran la noción jurídica, en principio indeterminada, de "orden público", que impide, según el artículo 12.3 del Código Civil, la aplicación de la ley extranjera cuando ésta sea contraria a dichos principios. En relación a ello es importante señalar que la Ley Orgánica 11/2003 ha modificado el artículo 107 del Código Civil, relativo a las normas de derecho internacional aplicables a la separación y al divorcio, disponiendo la aplicación preferente de la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida en España si la ley nacional común de dichos cónyuges no reconoce la separación o el divorcio o lo regula de forma discriminatoria o contraria al orden público. El objetivo de dicha reforma fue asegurar una mejor integración de los inmigrantes residentes en España y garantizar la protección de la mujer.

Estimo de interés detenernos brevemente en el primero de tales principios para señalar que la igualdad entre hombres y mujeres es un principio jurídico universal, reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 5 de noviembre de 1950 y ratificado por España en 1981 y por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas en diciembre de 1979.

Las tres grandes fuentes de las que emana la actual legislación española en materia de familia y matrimonio son: 1) la plena igualdad de las personas que componen la familia, sea esta matrimonial o no, 2) la dignidad y 3) el libre desarrollo de la personalidad de sus miembros

Afirman los filósofos de la historia que la lucha por la igualdad está en la base de la construcción del Estado moderno, pasando del reconocimiento de la igualdad formal al establecimiento de las garantías para que la igualdad sea real y efectiva

El derecho de la Unión Europea se caracteriza por una progresiva profundización del principio de igualdad, principio general inspirador del ordenamiento comunitario. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad y la eliminación de desigualdades es un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la UE y de sus miembros. El artículo 2 del Tratado de la Unión, afirma que la procura de la igualdad es una misión de la UE, previendo en su artículo 6 la posibilidad de imponer sanciones a los estados por el desconocimiento de dicho principio. La igualdad es el eje de la Carta Social Europea aprobada en 1989 y se halla incorporado a la Carta Europea de Derechos Fundamentales (artículos 21 a 23 integrados en la Constitución Europea). Son muchas y diversas las resoluciones del TJCE que realizan una interpretación extensiva del principio de igualdad para impedir toda discriminación.

Afirman los filósofos de la historia que la lucha por la igualdad está en la base de la construcción del Estado moderno, pasando del reconocimiento de la igualdad formal al establecimiento de las garantías para que la igualdad sea real y efectiva, lo que obliga a ordenar mecanismos que eviten la discriminación. La igualdad entre el hombre y la mujer es un principio básico del ordenamiento comunitario, que prohíbe toda discriminación directa e indirecta. En España el artículo 9 de la CE es un claro ejemplo de ello, ya que compromete a los poderes públicos a garantizar la igualdad y a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Es por ello que las "medidas de discriminación positiva" son plenamente constitucionales.

Toda la legislación española que afecta a la igualdad de la mujer en todos los aspectos, ya sean privados o públicos, es concebida desde la perspectiva de *género*. Debe precisarse que la palabra "género" no es sinónimo de "sexo", ya que éste hace referencia a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, diferencias que son naturales, mientras que *género* hace referencia a las diferencias entre mujeres y hombres creadas por la sociedad, esto es, a las diferencias construidas a lo largo de la historia, por siglos de organización patriarcal, a partir de las diferencias biológicas iniciales. *Género*, por tanto, remite a la definición cultural de la conducta que se considera apropiada a los sexos en una sociedad y en un momento histórico determinado.

El vigente derecho de familia en España

Es desde dicha perspectiva de *género*, reconocida en los preámbulos de las normas a las que seguidamente se hará referencia, que los poderes públicos vienen realizando las denominadas "políticas activas" para cumplir el mandato del artículo 9 de la CE, que tratan de remediar situaciones reales de desigualdad para poder establecer una igualdad efectiva.

Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

El punto de partida de dicha norma es el reconocimiento de que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de

igualdad, desarrollo y paz, y que viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

El objetivo y la filosofía de dicha Ley es establecer una política legislativa transversal –ya que su ámbito abarca aspectos preventivos, educativos, sociales, laborales, asistenciales y, principalmente, penales- de *género* en la protección de la mujer. No hay que olvidar que en el año 2006 la violencia doméstica causó la muerte de 60 mujeres a manos de sus parejas o ex-parejas. Parece evidente que prima el factor diferencial del género en dicho fenómeno social por lo que es necesario otorgarle una tutela reforzada que garantice un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las victimas y mejorar y satisfacer necesidades que antes no se cubrían o se cubrían peor.

Es desde dicha perspectiva de género que los poderes públicos vienen realizando las denominadas "políticas activas" para cumplir el mandato del artículo 9 de la CE

Se modifica el Código Penal, incluyendo dentro de los tipos agravados, uno específico que incrementa la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada al hombre agresor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. También se castigan como delito las coacciones leves y las amenazas leves. En definitiva se endurece el régimen punitivo de determinados comportamientos por razón de ser el sujeto activo varón, circunstancia, la de ser varón, que se halla en el fundamento de los recursos de constitucionalidad interpuestos contra esta ley.

Desde el punto de vista de la organización judicial se opta por la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, uno o más, en cada capital de partido judicial. La competencia de dichos juzgados se extiende a la instrucción de los procesos por los delitos de homicidio, aborto, lesiones, libertad, integridad moral e indemnidad sexual, cometido contra las esposas o ex esposas, o mujeres ligadas por igual vínculo de afectividad, descendientes convivientes, menores sometidos a la tutela de la mujer. También son competentes para conocer de cualquier delito contra los derechos y deberes familiares siendo la víctima de las enumeradas anteriormente; para la adopción de las correspondientes órdenes de protección; para el conocimiento y fallo de las faltas cuando la victima sea una de las personas anteriormente mencionadas. Estos juzgados también conocerán en el orden civil y de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil de los siguientes asuntos: filiación, maternidad y paternidad; nulidad del matrimonio, separación y divorcio; relaciones paterno filiales; adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar; guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores; asentimiento en la adopción; oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, siempre que algunas de las partes del proceso civil sean victimas de los actos de violencia de género descritos anteriormente, que alguna de las partes sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género y que se hayan iniciado ante el Juez de violencia actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer.

Ley orgánica 3/07: Su finalidad es hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres mediante la eliminación de la discriminación de la mujer para alcanzar una sociedad más democrática, justa y solidaria

Ley Orgánica 3/07, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Su finalidad es hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición o ámbito de vida en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural, para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y solidaria. Como se afirma en su exposición de motivos es la ley-código de la igualdad entre hombres y mujeres, en la que se transponen, además, diversas directivas europeas. Es de destacar que, entre otros extremos, la ley contiene:

- Un mandato dirigido a los jueces. El artículo 4 dispone que "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas".
- La declaración de nulidad de los actos jurídicos y las cláusulas contractuales que constituyan o causen discriminación por razón de sexo.
- La inversión de la carga de la prueba. Dispone el artículo 11 que corresponde al demandado en los procesos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

La Ley 13/2005 de 1 de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio

El matrimonio civil se reguló en España por primera vez en el año 1870, el 18 de junio, pues antes sólo se recogía el religioso, esto es, el matrimonio canónigo, que era un sacramento y no un contrato. Dicho sistema volvió a imperar a partir de 1875, momento en el que el matrimonio civil se volvió subsidiario, y este régimen –cuyas características se ha enumerado en el apartado 1º de la presente ponencia- duró hasta la Constitución de 1978 y la reforma del Código Civil de 1981.

El matrimonio se configura actualmente como un negocio jurídico bilateral y formal por el que los contrayentes declaran su voluntad de constituir una relación estable de convivencia plena. Pero, además, el matrimonio es una institución jurídica de relevancia social, reconocida por la CE que ordena al legislador que regule sus formas, la edad y capacidad para contraerlo, derechos y obligaciones de los cónyuges y las causas y efectos de de separación y disolución, atendiendo siempre a la plena igualdad jurídica de los contrayentes y a los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 32 de la CE).

Es interesante reseñar el artículo 68 del Código Civil que dispone que "los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo".

Hasta la Ley 13/2005 de 1 de julio, en España el matrimonio se limitaba a la unión entre un hombre y una mujer. Dicha ley modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, añadiendo al artículo 44 el párrafo 2º que establece que "el matrimonio tendrá los misma requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo". Dicha ley responde al programa electoral del Partido Socialista en 2004 y fue aprobada por todos los grupos parlamentarios a excepción del Partido Popular que ha interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra la misma y ha orquestado su oposición, junto a la Iglesia Católica y sus medios de comunicación y organizaciones afines.

La ley, además, modifica los artículos del Código Civil y de la Ley del Registro Civil que empleaban la expresión "marido" y "mujer" o "paterna, materna", sustituyéndolos por *cónyuges* o *progenitores*. De los caracteres del matrimonio se elimina por tanto la bisexualidad, restando: a) la *unidad* (matrimonio monógamo), b) la *estabilidad* (con independencia de que se regule la separación y el divorcio), y c) la plena comunidad de vida cuya finalidad es "la unión física y espiritual, convivencia y fundación de una familia nuclear formada por dos cónyuges y, en su caso, los hijos biológicos y adoptivos".

El derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio no es un tema pacífico sino, al contrario, conflictivo. Sin entrar ahora en cuestiones morales o religiosas, y a la espera del pronunciamiento que sobre la constitucionalidad de la ley deberá emitir el Tribunal Constitucional, en mi opinión, el reconocimiento del derecho al matrimonio de personas del mismo sexo se enmarca en el mandato constitucional que proscribe cualquier discriminación por razón de opción sexual, y se fundamenta en que el derecho a elegir compañero/a de vida, es claramente una decisión que afecta no sólo a la libertad individual sino a la intimidad –en cuanto afecta a la opción sexual- y al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia las traba puestas por el Estado a tal elección afectan a los derechos fundamentales ya citados y reconocidos en la Constitución Española, implicando una intrusión del Estado en la libre elección del compañero o compañera e impidiendo su libre decisión.

En mi opinión, el reconocimiento del derecho al matrimonio de personas del mismo sexo se enmarca en el mandato constitucional que proscribe cualquier discriminación por razón de opción sexual, y se fundamenta en que el derecho a elegir compañero/a de vida, es claramente una decisión que afecta no sólo a la libertad individual sino a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad

Las anteriores consideraciones han sido igualmente recogidas en la argumentación jurídica de las diferentes sentencias dictadas por los Tribunales de los Estados Unidos de América, como son los de Hawai (1996), Alaska (1998) y Oregón, si bien sus pronunciamientos quedaron sin efecto al aprobarse enmiendas a las respectivas Constituciones para reservar el matrimonio a los heterosexuales. No ocurrió lo mismo en Massachussets, cuyo Tribunal Supremo dictó sentencia el 18 de noviembre de 2003 en el caso Hillary Goodrige y otros contra el Departamento de Salud Pública y otros, declarando que excluir del matrimonio a las parejas del mismo sexo e impedir a un individuo que contraiga matrimonio por el sólo hecho de que lo pretenda con una persona de su mismo sexo viola las cláusulas *Equal Protection* y *Due Process* recogidas en la Constitución federal; en este Estado, por tanto, se reconoce el derecho a contraer matrimonio entre parejas homosexuales. El Tribunal Supremo de Iowa utilizó los mismos argumentos en 2007 llegando a la misma conclusión.

Puede afirmarse que las críticas a ley española no son jurídicas, sino ideológicas, disfrazadas a veces de *precisiones terminológicas*

En Canadá, los tribunales de justicia han venido reconociendo este derecho desde el año 2002 y el poder legislativo ha asumido tales decisiones. En Europa no se ha pretendido el reconocimiento a través de los tribunales de justicia sino que se ha venido reconociendo por el poder legislativo, así ha sido en Holanda en el mes de diciembre de 2000, Bélgica en el año 2003, y en España en 2005. Debe señalarse que tales antecedentes explican que en la redacción del artículo II-69 del proyecto de Constitución Europea se evitara toda referencia al sexo cuando se decía "Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio"

Desde este punto de vista puede afirmarse que las críticas a ley española no son jurídicas, sino ideológicas, disfrazadas a veces de *precisiones terminológicas*. Así, para quienes critican la ley, la palabra "matrimonio" únicamente comprende la unión del hombre y de la mujer, proponiéndose que la unión de personas del mismo sexo se denomine de otra forma. Pero la creación de una "unión civil" propia para las uniones matrimoniales, para así no llamarlas matrimonio, ha sido rechazadas no sólo por la doctrina constitucionalista mayoritaria, sino por los propios tribunales de justicia. Sirva como ejemplo la sentencia de 18 de noviembre de 2003, dictada por el Tribunal Supremo de Massachussets, en la que se califica de discriminatorio la creación de una unión civil propia para los homosexuales. Más en tono jocoso, pero no exento de razón, Xavier O'Callaghan Muñoz (Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Civil), se preguntaba, ¿Desde cuando en el Derecho civil se emplea una terminología exacta?; incluso la propia expresión derecho civil es errónea, pues *cives* significa *ciudadano*, y el Derecho civil no es el derecho del ciudadano, sino sólo el derecho privado general del ciudadano".

La Ley 30/1981 y la Ley 15/2005 sobre separación, divorcio y nulidad matrimonial

En esta materia cabe señalar de nuevo que la ley por la que se introdujo el divorcio en España luego de su supresión durante el franquismo, Ley 30/1981, de 7 de julio, recibió críticas muy duras desde la Iglesia Católica y la derecha política y sin embargo, ha sido tal su arraigo y aceptación social que pese a que la derecha ganó las elecciones en 1996, a nadie se le ocurrió, ni siquiera a la Iglesia, pedir su abolición, lo que permite afirmar que las críticas que recibió esta ley al aprobarse tampoco tenían fundamentos jurídicos, sino claramente ideológicos.

En la actualidad rige la Ley 15/2005, que modificó la anterior de 1981, en cuya exposición de motivos se recogen los principios inspiradores de la misma: la igualdad jurídica de los cónyuges y la libertad individual, como valores superiores que impregnan la institución matrimonial.

Esta ley elimina la concepción culpabilista que impregnaba la anterior y que concebía la separación y el divorcio como sanción; concepción que los tribunales mayoritariamente en su práctica cotidiana ya habían superado al decretar la separación por la falta de *affectio maritalis*. Si la libertad individual rige la opción de contraer matrimonio, tal libertad no

se anula durante el matrimonio y por tanto puede ser causa suficiente para la separación o para el divorcio que la ley prácticamente equipara. Se evita así la judicialización de los conflictos de familia pues se elimina la alegación y acreditación de causa alguna para dar por finalizada la convivencia matrimonial, preservándose así el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen. Debe señalarse que las conductas como malos tratos, vejaciones psíquicas y físicas en el ámbito familiar, abusos sexuales y amenazas, se hallan debidamente tipificadas en el ámbito penal, siendo objeto de la legislación de protección integral contra la violencia de género, como ya se ha indicado anteriormente en el apartado dedicado a la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Ley 15/2005:
Esta ley elimina la concepción culpabilista que impregnaba la anterior y que concebía la separación y el divorcio como sanción. Si la libertad individual rige la opción de contraer matrimonio, tal libertad no se anula durante el matrimonio y por tanto puede ser causa suficiente para la separación o para el divorcio que la ley prácticamente equipara

La figura jurídica de la separación puede llamar la atención a los juristas de otros países en los que se contempla dicha figura como medida de naturaleza cautelar o provisional ya que la crisis matrimonial finaliza con el divorcio. La verdad es que el mantenimiento en la nueva ley de la figura de la separación para poner fin a la crisis matrimonial sirve a los ciudadanos que por razones religiosas prefieren mantener el vínculo matrimonial: dicho vínculo se disuelve con el divorcio, permitiendo a los cónyuges volver a contraer matrimonio, lo que no es posible con la separación. En la separación se conserva la obligación alimenticia entre parientes, extinguiéndose las obligaciones asistenciales entre parientes en el divorcio. En la separación se conservan las prestaciones de la Seguridad Social para el fallecimiento; en cambio, tanto en la separación como en el divorcio se mantiene el derecho a la pensión de viudedad de forma proporcional al periodo de convivencia efectiva, a no ser que se hubiera vuelto a contraer matrimonio o se mantuviera una relación análoga de afectividad. Los derechos hereditarios en cuanto a la porción de la legítima se pierden en ambos casos.

La nulidad matrimonial supone que el matrimonio nunca existió, al no existir el consentimiento matrimonial (artículo 45 del Código Civil), o por celebrarse entre personas que no disponen de la capacidad exigida para contraer matrimonio (regulada en España en los artículos 46 y 47 del Código Civil que dispone que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados y los que ya estén ligados con vínculo matrimonial, así como los parientes en línea recta y los colaterales hasta el tercer grado y los condenados por muerte dolosa del cónyuge). El matrimonio es nulo si es contraído por error o por coacción o miedo grave, o si es celebrado sin la intervención del funcionario público o los testigos (artículo 73 del Código Civil.). Las resoluciones sobre nulidad canónica decretada por los tribunales eclesiásticos católicos son reconocidas por los tribunales civiles mediante una especie de *exequatur*, si bien las medidas reguladoras de los efectos de la nulidad son competencia exclusiva de la jurisdicción civil.

En relación al procedimiento y a los efectos de la ruptura matrimonial debe señalarse brevemente que tanto la separación como el divorcio pueden solicitarse luego de transcurridos tres meses de la celebración del matrimonio, a petición de ambos o de uno sólo (artículos 81 y 86 del Código Civil). Se eliminan las causas, como ya se ha dicho antes. A toda demanda deberá acompañarse propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos de la separación.

La mediación familiar se instaura como fórmula para que los cónyuges renuncien a una victoria en el proceso judicial y procuren racionalizar las reglas de sus relaciones futuras, lo que es de suma importancia de cara a los hijos, que constituyen la parte débil y más afectada por la ruptura matrimonial.

La mediación familiar se instaura como fórmula para que los cónyuges renuncien a una victoria en el proceso judicial y procuren racionalizar las reglas de sus relaciones futuras, lo que es de suma importancia de cara a los hijos, que constituyen la parte débil y más afectada por la ruptura matrimonial

Se instaura la "custodia compartida" cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o lleguen a un acuerdo en tal sentido a lo largo del proceso. El ejercicio conjunto de la responsabilidad parental se configura como una pieza clave para el bienestar de los hijos, que está condicionada a la idoneidad de los progenitores y a su capacidad para responsabilizarse de sus funciones luego de la ruptura. En efecto, el interés de los menores constituye el principio rector en nuestro derecho de familia y debe regir la adopción de cualquier medida a adoptar en relación a ellos. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos, mediante una audiencia en la que el menor pueda expresar libremente sus opiniones a través de una entrevista con el juez, que se llevará a cabo en una forma adecuada a su edad y grado de madurez. Se debe recabar siempre el informe del Ministerio Fiscal antes de adoptar una decisión relativa a los hijos. Por último señalar que la ley prevé un derecho de visitas para los abuelos.

En relación a las consecuencias económicas de la ruptura matrimonial, la ley establece una pensión alimenticia a favor de los hijos, cuya cuantía deberá ser proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe. Los alimentos comprenden todo lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como la educación del menor y aún después de llegar a su mayoría de edad si no hubiere terminado su formación por causas que no le sean imputables. El Estado garantiza, en determinados supuestos, el pago de alimentos reconocidos a los hijos menores de edad cuando resulten impagados.

El cónyuge a quien la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en relación a la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior, tendrá derecho a una compensación que puede consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido o en una prestación única. A falta de acuerdo, el juez deberá tener en cuenta, entre otras circunstancias, la edad y salud, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la duración del matrimonio, la colaboración en el trabajo o actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, y los medios económicos de uno y otro.

En relación a la vivienda que constituyó el hogar familiar, el juez, a falta de acuerdo entre los cónyuges, atribuirá su uso a los hijos y al cónyuge a cuyo cuidado queden. Si no hay hijos, puede atribuirse el uso de forma temporal al cónyuge no titular de la vivienda si su interés fuere el más necesitado de protección.

A modo de conclusión

Expuesto cuanto antecede y habida cuenta de que España es actualmente un país de acogida de millones de inmigrantes, gran parte de los cuales proviene de Marruecos, mujeres y hombres que viven y trabajan en el marco de convivencia fijado por las leyes españolas, pero manteniendo lazos –familiares y culturales- muy fuertes y arraigados con sus países de origen, estoy firmemente convencida que la curiosidad hacia nuestras respectivas culturas jurídicas es algo no sólo natural, sino necesario para el ejercicio responsable de nuestra profesión de jueces. Es por tal motivo que este encuentro organizado por el CIDOB y que nos ha permitido conocernos, supone una excelente ocasión para, sin querer ni poder eliminar nuestras diferencias, poner en común nuestros conocimientos y experiencias, lo que nos permitirá avanzar hacia una mejor comprensión los unos de los otros.

Être juge au Maroc et en Espagne.

Droit de la famille au Maroc et en Espagne

Le droit de la famille en Espagne
Catalina Mª Moragues Vidal

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

Catalina Mª Moragues Vidal

Juge à la Cour d'Appel de Palma de Mallorca

Le droit de la famille est l'un des domaines du droit qui a le plus évolué en Espagne ces trente dernières années. L'objet de mon intervention consiste donc à présenter les lignes principales de cette évolution afin de faciliter la compréhension des normes juridiques aujourd'hui en vigueur dans notre pays. Ainsi, dans un premier temps, j'énoncerai brièvement les principales caractéristiques du droit de la famille antérieur à la promulgation de la Constitutions espagnole, en 1978. Ensuite, viendra le moment de décrire les principes qui dérivent de ce texte constitutionnel et qui, en même temps, font partie des principes généraux du corpus juridique de l'Union Européenne et des traités internationnaux réconnaissant les droits fondamentaux de la personne. Je conclurai ma présentation par l'étude des lois concernant les relations familiales actuellement en vigueur en Espagne.

Le droit de la famille avant la constitution democratique

Tout d'abord, il faut souligner que la Constitution espagnole de 1978 a supposé une très forte rupture avec le cadre légal de l'antérieur régime Franquiste. Dans ce dernier, le droit de la famille avait comme traits principaux:

I. La nature non contractuelle mais sacramentale du mariage, monopolisé par l'église catholique et, en conséquence, indissoluble et éternel ;
II. La suprématie absolue du chef de famille, c'est-à-dire de l'homme, et la considération de la femme comme un mineur, avec une capacité légale limitée et conditionnée par la volonté du conjoint ;
III. L'identification totale entre mariage et famille et, par conséquent, la discrimination des enfants non issus du mariage, avec, en plus, l'interdiction d'enquêter la paternité ;
IV. La punition pénale de tout acte privé allant à l'encontre de ces principes.

Cependant, le changement intervenu en Espagne pendant les années 70 s'insère également dans ce qui a été connu comme « la crise de la famille traditionnelle », problématique souvent évoqué dans tous les pays développés. Toutefois, il s'agit, à mon avis, plutôt d'une crise du droit de la famille, dans le sens où ce sont les notions traditionnelles de famille qui ont été bousculés au fur et à mesure que la société, les cou-

tumes et la structure familiale, évoluaient. Ces transformations sociales ont, évidemment, amené la nécessité de transformer et adapter les lois aux nouvelles réalités.

La famille a changé avec les temps, et de la notion de famille religieuse, autoritaire et patriarcale, on est passé à une notion naturaliste, contractuelle et individualiste, fondée sur la recherche du bonheur puisqu'elle considère la qualité de la relation affective comme étant centrale.

La famille a changé avec les temps, et de la notion de famille religieuse, autoritaire et patriarcale, on est passé à une notion naturaliste, contractuelle et individualiste, fondée sur la recherche du bonheur puisqu'elle considère la qualité de la relation affective comme étant centrale

De nos jours, la famille en Europe est essentiellement nucléaire et, souvent, monoparentale. Elle est déterminée par l'égalité entre l'homme et la femme, ainsi que par l'égalité dans la filiation, ce qui, du même coup, a supposé la fin de la distinction juridique entre les enfants issus et ceux non issus du mariage, ainsi qu'entre les enfants biologiques et ceux non biologiques. Il n'y a donc pas de crise de la famille, mais plutôt un changement qualitatif de celle-ci, qui nous oblige à changer les normes qui la réglementent. Le changement de la famille provoque le changement et l'évolution du droit de la famille.

Les principes constitutionels du droit de la famille actuel en Espagne

La Constitution Espagnole de 1978 formule, en relation au droit de la famille, toute une nouvelle série de principes et de droits.

Art. 1.1 : L'Espagne est constituée en tant qu'Etat social et démocratique de droit, et considère comme valeurs supérieures de son corpus juridique la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique.

Art. 9.2 : Il revient aux pouvoirs publics de promouvoir les conditions qui permettent à la liberté et à l'égalité des individus et des groupes dans lesquels ils s'intègrent d'être réelles et effectives ; de supprimer les obstacles qui puissent empêcher ou rendre difficile la pleine jouissance de cette liberté et égalité et de faciliter la participation de tous les citoyens à la vie politique, économique, culturelle et sociale.

Art. 10.1 : La dignité de la personne, les droits inviolables inhérents à celle-ci, le développement libre de la personnalité, le respect des lois et des droits d'autrui sont le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale.

Art. 14 : Les Espagnols sont égaux devant la loi, sans qu'il puisse-t-y avoir entre eux nulle discrimination en raison de naissance, race, sexe, religion, opinion ou toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale.

Art. 18.1 : Le droit à l'honneur, le droit à l'intimité personnelle et familiale et le droit à la propre image sont garantis.

Art. 32 : **1.** L'homme et la femme ont le droit au mariage avec pleine égalité juridique. **2.** La loi établira les différentes formes de mariage, l'âge et la capacité pour se marier, les droits et devoirs des conjoints, les causes de séparation et dissolution et leurs effets.

Art. 39 : **1.** Les pouvoirs publics assurent la protection sociale, économique et juridique de la famille. **2.** Les pouvoirs publics assurent également la protection intégrale des enfants, qui sont égaux devant la loi indépendamment de leur filiation, et des mères, quel que soit leur état civil. La loi permettra l'enquête de la paternité. **3.** Les parents doivent prêter assistance de tout ordre aux enfants conçus dans ou en dehors du mariage, jusqu'à la majorité et dans les autres cas établis par la loi.

De plus, le corpus juridique espagnol est conformé non seulement par les normes émanant de l'Assemblée nationale espagnole, mais aussi par les traités et les conventions internationales signés par l'Espagne et le droit de l'Union Européenne, dans sa formulation normative comme dans sa formulation doctrinale dans les résolutions de la Cour de Justice des Communautés Européennes.

En ce sens, l'art 10.2 de la Constitution Espagnole établi que « les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que la constitution reconnaît seront interprétées conformément avec la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et les traités et conventions internationales sur ces matières ratifiés par l'Espagne ».

Ainsi, les trois principes essentiels qui régissent la réglementation légale de la famille et du mariage en Espagne, réaffirmés par la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle, sont 1) la pleine égalité des personnes qui composent la famille, qu'elle soit matrimoniale ou pas, 2) la dignité et 3) le libre développement de la personnalité des membres de cette famille. Ces principes constitutionnels intègrent la notion juridique, certes quelque peu indéterminée, « d'ordre public », qui empêche, selon l'article 12.3 du Code Civil, l'application de la loi étrangère lorsqu'elle contraire à celui-ci. En ce sens, la Loi Organique 11/2003 a modifié l'article 107 du Code Civil, relatif aux normes de droit international applicables à la séparation et au divorce, établissant l'application préférentielle de la loi espagnole lorsque l'un des conjoints est espagnol ou réside en Espagne si la loi nationale commune des conjoints ne reconnaît pas la séparation ou le divorce ou si elle le fait de façon discriminatoire ou contraire à l'ordre public. L'objectif de cette réforme a été d'assurer une meilleure intégration des immigrés en Espagne et garantir la protection de la femme.

Il me semble intéressant de rappeler, en relation avec le premier des principes évoqués, que l'égalité entre les hommes et les femmes est un principe juridique universel reconnu dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, adoptée et proclamée par l'Assemblée Générale de l'ONU le 10 décembre 1948, dans la Convention pour la protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, réalisée à Rome le 5 novembre 1950 et ratifiée par l'Espagne en 1981, ainsi que dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, approuvée par les Nations Unies en 1979.

Le droit de l'Union Européenne se caractérise par un approfondissement progressif du principe d'égalité, principe général et inspirateur du corpus juridique communautaire. Depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, le 1er mai 1999, l'égalité et l'élimination des inégalités est un objectif qui doit être intégré dans toutes les politiques

Les trois principes essentiels qui régissent la réglementation légale de la famille et du mariage en Espagne, sont 1) la pleine égalité des personnes qui composent la famille, qu'elle soit matrimoniale ou pas, 2) la dignité et 3) le libre développement de la personnalité des membres de cette famille

et les actions de l'UE et de ses membres. L'art. 2 du Traité de l'Union, affirme que procurer l'égalité est une des missions de l'UE, et l'art. 6 prévoit même la possibilité d'imposer des sanctions contre les Etats qui ne respectent pas ce principe. L'égalité est l'axe central de la Charte Sociale Européenne approuvée en 1989 et fait également partie de la Charte Européenne des Droits Fondamentaux (articles 21 à 23, intégrés dans le projet de Constitution Européenne). De son côté, la Cour de Justice de la CE a effectué une interprétation extensive de ce principe de l'égalité dans maintes résolutions, afin d'empêcher toute discrimination.

Les philosophes de l'histoire affirment que la lutte pour l'égalité est à la base de la construction de l'Etat moderne, en passant de la reconnaissance de l'égalité formelle à l'établissement de mécanismes qui garantissent l'égalité réelle et effective de chacun

Les philosophes de l'histoire affirment que la lutte pour l'égalité est à la base de la construction de l'Etat moderne, en passant de la reconnaissance de l'égalité formelle à l'établissement de mécanismes qui garantissent l'égalité réelle et effective de chacun

Les philosophes de l'histoire affirment que la lutte pour l'égalité est à la base de la construction de l'Etat moderne, en passant de la reconnaissance de l'égalité formelle à l'établissement de mécanismes qui garantissent l'égalité réelle et effective de chacun, ce qui oblige à définir des instruments pour éviter toute forme de discrimination. L'égalité entre l'homme et la femme est un principe basique du droit communautaire, qui interdit toute forme de discrimination, directe et indirecte. En Espagne, l'art. 9 de la Constitution Espagnole en est un exemple clair, puisque les pouvoirs publics sont obligés de garantir l'égalité et d'enlever tous les obstacles qui empêchent ou rendent difficile la pleine égalité. C'est ce qui rend constitutionnel les mesures de discrimination positive.

Toute la législation espagnole ayant un impact sur l'égalité des femmes, que ce soit dans la sphère privée ou dans la sphère publique, est conçue avec la perspective de *genre*. Il faut préciser que le mot « genre » n'est pas synonyme de « sexe », puisque ce dernier fait uniquement référence aux différences biologiques entre homme et femme, des différences purement naturelles donc, alors que « genre » prétend souligner plutôt les différences entre l'homme et la femme créées par la société, c'est à dire les différences qui ont été construites à travers l'Histoire, par des siècles d'organisation patriarcale, à partir de différences biologiques initiales. « Genre » renvoie donc à la définition culturelle de la conduite qui est considérée appropriée pour chaque sexe par une société et à un moment historique donnés.

Le droit de la famille en vigueur en Espagne

De ce point de vue du genre, dans le préambule des normes que nous examinerons tout de suite, les pouvoirs publics ont effectué une série de « politiques actives », suivant le mandat de l'art. 9 de la Constitution Espagnole, dans l'objectif de corriger des situations d'inégalité, afin d'établir une égalité réelle.

Loi 1/2004, du 28 décembre, de Mesures de Protection Intégrale contre la Violence de Genre

Le point de départ de cette norme c'est la reconnaissance que la violence faite à l'encontre des femmes est un obstacle pour réussir les objectifs d'égalité, de développement et de paix, et qui viole et diminue la jouissance des Droits humains et des libertés fondamentales.

L'objectif et la philosophie de cette loi est d'établir une politique législative transversale – puisque son domaine inclut notamment des aspects pénaux, mais aussi préventifs, éducatifs, sociaux, de travail, et d'assistance sociale – de genre dans la protection de la femme. Il ne faut pas oublier qu'au cours de la seule année 2004, la violence de genre dans cadre de la famille a provoqué la mort de 60 femmes aux mains de leurs partenaires ou ex-partenaires. Il est donc évident que le facteur différentiel du genre joue un rôle principal dans cette violence et qu'il en dérive une nécessité de protection renforcée qui puisse garantir un traitement approprié et efficace de la situation juridique, familiale et sociale des victimes, de même qu'améliorer et satisfaire des besoins auparavant peu ou pas du tout pris en compte.

De ce point de vue du genre, les pouvoirs publics ont effectué une série de « politiques actives », suivant le mandat de l'art. 9 de la Constitution Espagnole, dans l'objectif de corriger des situations d'inégalité, afin d'établir une égalité réelle

Du point de vue pénal, la violence de genre est incluse dans les infractions aggravées, dont un type spécifique qui augmente la sanction pénale lorsque la lésion se produit à l'encontre de l'épouse, ex-épouse, ou femme avec laquelle existe ou ait existé une relation analogue d'affectivité, même en absence de cohabitation. Sont également punies les coactions et les menaces moins graves. En définitive, les peines pour certaines infractions sont aggravées lorsque l'auteur est un homme. C'est ce dernier aspect qui constitue le fondement de tous les recours d'inconstitutionnalité qui ont été présentés contre cette loi.

Du point de vue de l'organisation judiciaire, des tribunaux de violence contre la femme ont été créés (un ou plus) dans chaque tribunal de grande instance. Ils sont compétents pour l'instruction des procès pour les crimes de meurtre, d'avortement, de lésions, les atteintes à la liberté, l'intégrité morale ou l'indemnité sexuelle, commis contre les épouses, ex-épouses ou femmes liées par un lien égale d'affectivité, les descendants qui cohabitent avec l'agresseur, ou les mineurs sous tutelle de la femme. Ces tribunaux sont également compétents pour connaître des crimes contre les droits et les devoirs familiaux lorsque la victime entre dans les cas cités ci-dessus; pour l'adoption des ordres de protection correspondants et pour connaître et décider des infractions moins graves. Ces tribunaux ont en même temps des compétences dans le domaine civil, dans les cas suivants : filiation, maternité et paternité, nullité du mariage, séparation et divorce, relations paterno-filiales, adoption ou modification des mesures ayant une incidence sur la famille, la garde des enfants mineurs ou la pension alimentaire réclamée par l'un des parents contre l'autre au nom des enfants mineurs, le consentement dans l'adoption, l'opposition aux résolutions administratives en matière de protection des mineurs, lorsqu'une des parties du procès civil est la victime des actes de violence de genre décrits ci-dessus, que l'une des parties est imputée comme en étant l'auteur, l'instigateur ou coopérateur nécessaire dans la réalisation des actes de violence de genre et que le juge de violence contre la femme ait été saisi pour des crimes ou des contraventions suivant un acte de violence contre la femme.

Loi Organique 3/07, du 22 mars, pour l'Égalité Effective des Femmes et des Hommes

La finalité de cette loi est de rendre effectif le principe de l'égalité de traitement et d'opportunités entre les hommes et les femmes à travers l'élimination de la discrimination de la femme, quelle que soit sa circonstance ou condition ou domaine de vie, dans les sphères politique, civile,

professionnelle, économique, sociale et culturelle pour que la société puisse dévenir, en accord avec les articles 9.2 et 14 de la Constitution espagnole, plus démocratique, plus juste et plus solidaire. Tel que l'affirme son préambule, cette loi est la loi-code de l'égalité entre hommes et femmes, dans laquelle sont, de surcroît, transposées les directives européennes sur le sujet.

Loi Organique 3/07 : La finalité de cette loi est de rendre effectif le principe de l'égalité de traitement et d'opportunités entre les hommes et les femmes à travers l'élimination de la discrimination de la femme pour que la société puisse dévenir plus démocratique, plus juste et plus solidaire

La loi contient, entre autres :

- Un mandat dirigé aux juges. L'art.4 affirme que « l'égalité de traitement et d'opportunités entre les femmes et les hommes est un principe informateur de tout le corpus juridique et, en tant que tel, il doit être pris en compte dans l'interprétation et l'application des normes juridiques » ;
- La déclaration de nullité des actes juridiques et les clauses des contrats qui constituent ou causent des discriminations en raison du sexe ;
- L'inversion de la charge de la preuve : l'article 11, qui établit que, dans les cas où les allégations du demandeur sont fondées sur des actes de discrimination en raison du sexe, c'est la partie contre qui la plainte a été portée qui doit prouver qu'il ou elle a agi avec proportionnalité et en absence de toute discrimination.

Loi 13/2005, du 1 Juillet, de modification du Code Civil en matière de Droit au Mariage

Le mariage civil fut reconnu par la loi pour la première fois en Espagne en 1870. Avant cette date, le seul mariage existant en Espagne était le mariage religieux, canonique, qui n'était pas un contrat mais un sacrement. En 1875, le mariage civil devint subsidiaire et ce régime – dont les traits principaux ont été énumérés dans la première partie de cet exposé – continua jusqu'à la Constitution Espagnole de 1978 et la réforme du Code Civil de 1981.

Actuellement, le mariage est un contrat juridique bilatéral et formel par lequel les conjoints déclarent leur volonté de constituer une relation stable de cohabitation pleine. Mais, en plus, le mariage est une institution juridique avec pertinence sociale, reconnue par la Constitution espagnole qui ordonne au législateur de réglementer ses formes, l'âge et la capacité pour le contracter, les droits et devoirs des conjoints ainsi que les causes et les effets de la séparation et la dissolution du mariage, en faisant toujours attention à la pleine égalité juridique des conjoints et aux valeurs supérieures du corpus juridique (art.32 de la Constitution Espagnole).

Il est intéressant de citer l'art. 68 du Code Civil, qui établit que « les conjoints sont obligés de vivre ensemble, de se garder fidélité et de s'apporter de l'aide. Il doivent, également, partager les responsabilités du foyer et la garde et l'attention aux ascendants et descendants et aux autres personnes à leur charge ».

Le mariage en Espagne consistait uniquement en l'union d'un homme et une femme jusqu'à la Loi 13/2005, du 1er juillet 2005. Cette loi modifie le Code Civil en matière de droit au mariage, ajoutant un deuxième

paragraphe à l'art. 44, qui établit que « le mariage aura les même conditions et effets lorsque les conjoints auront le même ou différent sexe ». Cette loi découle du programme électoral du Parti Socialiste de l'année 2004 et fut approuvée par tous les groupes parlementaires à l'exception du Parti Populaire, qui a interposé un recours d'inconstitutionnalité et a organisé l'opposition à cette loi avec l'Eglise catholique, les média et les organisations proches de ce parti.

Cette Loi, modifie également les articles du Code Civil et de la Loi du Registre Civil qui utilisaient les expressions « mari » et « épouse », « paternelle » ou « maternelle », en les remplaçant par « conjoints » ou « géniteurs ». La bisexualité cesse donc d'être l'une des caractéristiques du mariage, qui demeurent : a) l'unité (mariage monogamique), b) la stabilité (indépendamment de la régulation de la séparation et du divorce) et c) la pleine communauté de vie dont la finalité est « l'union physique et spirituelle, la cohabitation et la fondation d'une famille nucléaire composée par deux conjoints et, en cas d'en avoir, des enfants biologiques ou adoptés ».

Le droit des couples homosexuels au mariage n'est pas un sujet pacifique mais, au contraire, conflictuel. Cependant, à mon avis, même en dehors des questions morales ou religieuses, et en attente de la décision de la Cour Constitutionnelle, la reconnaissance du droit au mariage des personnes du même sexe entre elles entre pleinement dans le mandat constitutionnel interdisant toute forme de discrimination en raison de l'orientation sexuelle et est fondé sur le fait que le droit de choisir son partenaire de vie est clairement une décision qui touche non seulement à la liberté individuelle mais aussi à l'intimité – puisque cela concerne l'option sexuelle – et au libre développement de la personnalité. En conséquence, les difficultés que l'Etat peut imposer à une telle élection touchent aux droits fondamentaux que l'on vient de citer et qui sont reconnus par la Constitution espagnole, et signifient une intrusion de l'Etat dans le libre choix du partenaire en empêchant sa liberté de décision.

La reconnaissance du droit au mariage des personnes du même sexe entre elles entre pleinement dans le mandat constitutionnel interdisant toute forme de discrimination en raison de l'orientation sexuelle et est fondé sur le fait que le droit de choisir son partenaire de vie est clairement une décision qui touche non seulement à la liberté individuelle mais aussi à l'intimité

Ces considérations ont été également soulignées dans plusieurs décisions judiciaires qui ont eu lieu aux Etats-Unis : la Cour de Hawaï (1996), d'Alaska (1998) et d'Oregon. Toutefois, des réformes ultérieures à leurs Constitutions respectives, visant à réserver le mariage exclusivement aux couples hétérosexuels, ont laissé sans effet ces décisions judiciaires. Au Massachusetts, par contre, n'est pas intervenue de reforme constitutionnelle de cette nature et depuis l'arrêt *Hillary Goodrige vs. Le Département de la santé publique et autres* du 18 novembre 2003, le mariage entre personnes du même sexe est légal. Dans sa décision, la Cour Suprême du Massachusetts établit qu'empêcher à une personne le droit au mariage uniquement en raison du sexe de son futur conjoint constitue une violation des clauses d'*Equal Protection* et de *Due Process*, qui forment part de la Constitution de cet Etat. Ce sont les mêmes arguments qui ont été utilisés par la Cour Suprême de l'Iowa en 2007 pour arriver à la même conclusion.

Au Canada, les tribunaux ont également reconnu le droit au mariage des personnes du même sexe depuis 2002 et le législatif a assumé ces décisions. En Europe, c'est plutôt le pouvoir législatif qui a pris l'initiative pour la reconnaissance de ce droit : aux Pays Bas en décembre 2000,

en Belgique en 2003 et en Espagne en 2005. C'est à cause de ces précédents que l'art. II-69 du projet de Constitution Européenne ne faisait aucune référence au sexe des conjoints lorsqu'elle garantissait « le droit de contracter le mariage et de former une famille selon les lois nationales qui régulent son exercice ».

De ce point de vue, il me semble clair que les critiques à la loi espagnole ne sont pas des critiques juridiques mais idéologiques, déguisées parfois sous forme de *précisions terminologiques*

De ce point de vue, il me semble clair que les critiques à la loi espagnole ne sont pas des critiques juridiques mais idéologiques, déguisées parfois sous forme de *précisions terminologiques*. Ainsi, pour ceux qui critiquent la loi, le terme « mariage » désigne uniquement l'union d'un homme avec une femme, et il faudrait trouver une nouvelle dénomination pour l'union de personnes du même sexe. Mais la création d'une *union civile*, uniquement pour les couples homosexuels, afin d'éviter le mot « mariage », a été rejetée par la doctrine constitutionnaliste majoritaire ainsi que par les cours de justice. La Cour Suprême du Massachusetts, par exemple, dans son arrêt du 18 novembre 2003 qualifia comme étant discriminatoire la création d'une union civile uniquement pour les homosexuels. Dans un ton plus ironique, le Magistrat de la Cour Suprême espagnole et professeur de Doit Civil, M. Xavier O'Callaghan Muñoz, demande « Depuis quand en droit civil utilise-t-on une terminologie exacte ? Même l'expression « droit civil » est erronée, puisque *cives* signifie citoyen et le droit civil n'est pas le droit du citoyen, mais uniquement le droit privé général du citoyen ».

Loi 30/1981 et Loi 15/2005, en matière de Séparation et Divorce

En 1981, le droit au divorce fut réinstauré en Espagne, après 40 ans d'interdiction pendant la dictature, par la Loi 30/1981. Cette loi fut l'objet de nombreuses critiques de la part de l'église catholique et de la droite politique, et pourtant le droit au divorce est devenu tellement accepté par la société espagnole que personne depuis n'a demandé son abolition (pas même l'Eglise ou la droite, après la victoire de celle-ci aux élections de 1996). Ceci montre comment les critiques initiales étaient bien fondamentalement idéologiques et non juridiques.

En 2005 intervint une modification importante de la loi de 1981, à travers la Loi 15/2005. Les principes inspirateurs de cette nouvelle loi, qui représentent en même temps les valeurs supérieures de l'institution du mariage, sont l'égalité juridique des conjoints et la liberté individuelle.

Cette nouvelle loi, élimine toute notion de culpabilité dans le divorce, à différence de l'antérieure qui concevait la séparation et le divorce comme des sanctions. Les tribunaux avaient déjà adopté auparavant cette même conception puisqu'ils déclaraient la séparation par manque de *afffectio maritalis*. Si la liberté individuelle régit l'option de contracter le mariage, cette liberté ne disparaît pas pendant le mariage et, donc, peut être cause suffisante de séparation ou de divorce, deux possibilités presque équivalentes selon la loi. Cela permet d'éviter la judiciarisation des conflits de famille puisque disparaît l'allégation et l'accréditation d'une cause pour considérer conclue la vie matrimoniale, ce qui permet en même temps de préserver le droit fondamental à l'intimité personnelle et familiale, à l'honneur et à la propre image. Il faut signaler que des conduites telles que les mauvais traitements, les humiliations psychiques

et physiques dans le domaine familial, les abus sexuels, les menaces, font l'objet de la législation de protection intégrale contre la violence de genre, comme il a été signalé plus haut.

La figure juridique de la séparation peut interpéler certains juristes d'autres pays où la séparation a une nature provisionnelle puisque le mariage conclut avec le divorce. La vérité est que le maintien de cette figure dans la nouvelle loi obéit plutôt à la volonté du législateur de garder une situation qui convient à ceux qui par convictions religieuses préfèrent ne pas rompre le lien du mariage : ce lien est dissout par le divorce, permettant ainsi aux conjoints de se marier à nouveau, ce qui n'est pas possible avec la séparation. Avec la séparation, la pension alimentaire entre parents est maintenue, à différence du divorce, où les obligations assistentielles disparaissent. Dans la séparation, les prestations de la sécurité sociale en cause de décès subsistent. La pension de veuvage est préservée autant dans le cas de séparation que de divorce, de façon proportionnelle au temps de cohabitation, sauf en cas de nouveau mariage ou relation affective similaire. Les droits héréditaires en relation à la réserve disparaissent dans les deux cas.

Loi 15/2005 :
Cette nouvelle loi, élimine toute notion de culpabilité dans le divorce, à différence de l'antérieure qui concevait la séparation et le divorce comme des sanctions. Si la liberté individuelle régit l'option de contracter le mariage, cette liberté ne disparaît pas pendant le mariage et, donc, peut être cause suffisante de séparation ou de divorce, deux possibilités presque équivalentes selon la loi

La nullité matrimoniale implique que le mariage n'a jamais existé, et est provoquée par l'absence de consentement au mariage (article 45 du Code Civil) ou par absence de capacité suffisante pour contracter le mariage des conjoints (il s'agit des mineurs non émancipés, de ceux qui sont déjà mariés, des ascendants ou descendants directs, des parents collatéraux jusqu'au troisième degré et des condamnés pour meurtre du conjoint, selon les articles 46 et 47 du Code Civil). Le mariage est nul s'il est contracté par erreur, par coaction ou peur grave ou s'il est contracté en absence du fonctionnaire public ou des témoins (article 73 du Code Civil). La nullité canonique du mariage est reconnue par les tribunaux à travers un *exequatur*, mais les effets de cette nullité sont réglés exclusivement par la juridiction civile.

En ce qui concerne la procédure et les effets de la rupture matrimoniale, la séparation et le divorce peuvent être demandés après trois mois de mariage, à la demande des deux ou d'un seul des conjoints (articles 81 et 86 du Code Civil), les causes de divorce ayant été éliminées par le législateur. Toute demande de séparation ou de divorce devra, par contre, être accompagnée d'une proposition fondée des mesures qui réguleront les effets de la séparation.

La médiation familiale a été introduite afin d'éviter l'affrontement des conjoints lors du procès et dans le but de rationaliser les règles de leurs relations postérieures, ce qui devrait permettre de mieux protéger les enfants, qui constituent la partie la plus faible et la plus affectée par la rupture matrimoniale.

La « garde partagée » est admise à la demande des parents dans la proposition des mesures ou lors du procès. L'exercice conjoint de la responsabilité parentale, conditionnée par l'aptitude des parents et par leur capacité à assumer leurs responsabilités même après la rupture, devient un mécanisme clé pour assurer le bien-être des enfants. En effet, l'intérêt du mineur constitue le principe ultime qui régit le droit de la famille en Espagne, et qui doit être appliqué lors de l'adoption de toute déci-

La médiation familiale a été introduite afin d'éviter l'affrontement des conjoints lors du procès et dans le but de rationaliser les règles de leurs relations postérieures, ce qui devrait permettre de mieux protéger les enfants, qui constituent la partie la plus faible et la plus affectée par la rupture matrimoniale

sion concernant les enfants. Ainsi, le juge avant de prendre une décision concernant la garde, le soin ou l'éducation de l'enfant doit veiller au le respect du droit de l'enfant d'être écouté, à travers une audience dans laquelle le mineur pourra exprimer librement ses opinions au cours d'un entretien avec le juge qui se déroulera en tenant compte de leur âge et maturité. Le ministère public doit toujours se prononcer dans un rapport écrit avant qu'une décision sur les enfants ne soit adoptée. Selon la loi, un droit de visite peut aussi être établi en faveur des grands parents.

Du point de vue des conséquences économiques de la rupture matrimoniale, la pension alimentaire des enfants doit être proportionnelle aux moyens de celui qui la paye et aux besoins de celui qui la reçoit. Les aliments comportent tout ce qui est indispensable pour nourrir, loger, habiller, soigner et éduquer l'enfant, même après la majorité s'il n'a pas terminé ses études pour des raisons qui ne lui sont pas imputables. Dans certains cas, l'Etat garantit le payement des aliments aux enfants mineurs lorsque la personne qui doit les payer ne le fait pas.

Si la séparation ou le divorce provoquent une dégradation de la situation économique de l'un des conjoints, celui-ci a droit à une prestation compensatoire, sous forme de prestation unique, pension temporaire ou pension indéfinie. Faute d'accord entre les conjoints, le juge doit déterminer cette prestation en tenant compte de l'âge, la santé, la qualification professionnelle et les possibilités d'accès à l'emploi, la durée du mariage, la collaboration dans le travail et les activités professionnelles, mercantiles, industrielles ou professionnelles de l'autre conjoint, ainsi que des moyens économiques de l'un et l'autre des conjoints.

Concernant le foyer familial, lorsqu'il n'y a pas d'accord, le juge attribuera l'usage de celui-ci aux enfants et au conjoint qui en aura la garde. Dans les cas où il n'y aurait pas d'enfants, le juge peut attribuer de façon temporaire l'usage du foyer familial au conjoint qui n'est pas titulaire de celui-ci lorsqu'il a un plus grand besoin de protection.

Conclusion

En tenant compte de tout ce qui a été dit et du fait que l'Espagne est aujourd'hui un pays d'accueil de millions d'immigrés, dont une grande partie de marocains, hommes et femmes qui vivent et travaillent dans un cadre de cohabitation fixé par les lois espagnoles mais qui continuent de garder des liens – familiaux et culturels – très forts avec leur pays d'origine, je suis absolument convaincue que la curiosité envers nos cultures réciproques apparaît comme quelque chose de naturel et, encore plus, nécessaire vis-à-vis de l'exercice responsable de notre travail de juges. Ainsi, cette rencontre organisée par le CIBOB et qui nous a permis de nous réunir ici, suppose une excellente occasion pour rapprocher nos connaissances et nos expériences, ce qui, sans vouloir ni pouvoir éliminer nos différences, nous permettra d'avancer vers une plus grande compréhension les uns des autres.

Ser juez en Marruecos y en España.

Las amenazas ideológicas y prácticas al estatuto del juez: ¿se puede exigir una productividad al juez?

Saloua Mazouz

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

LAS AMENAZAS IDEOLÓGICAS Y PRÁCTICAS AL ESTATUTO DEL JUEZ: ¿SE PUEDE EXIGIR UNA PRODUCTIVIDAD AL JUEZ?

Saloua Mazouz

Juez destinada al Gabinete del Primer Presidente de la Corte Suprema, Rabat

Permítanme que les exprese mi alegría y mi orgullo de poder estar hoy con ustedes, y que exprese asimismo mi reconocimiento y mi gratitud al Primer Presidente de la Corte Suprema de Marruecos, el Doctor Driss Dahak, que me ha dado la oportunidad de participar en este seminario en vísperas de los preparativos para la celebración, bajo el alto patrocinio de SM el Rey Mohammed VI, del cincuentenario de la Corte Suprema que va a ser conmemorado los días 21 y 22 de noviembre de 2007 con un coloquio internacional sobre el futuro de la justicia en el siglo XXI.

Para abordar el tema que nos ocupa, parece juicioso empezar con una cita significativa, extraída del importante discurso pronunciado por el difunto Rey Mohammed V el 2 de octubre de 1956 en la Corte de Apelación de Rabat en ocasión de la apertura del primer año judicial después de la independencia, 1956-1957:

"…La justicia, para alcanzar su objetivo, requiere la cualidades de la rectitud y de la probidad que permiten dictar una sentencia sin dejarse influir por factores pasionales ni entrar en consideraciones de orden político y racial…".

Casi cuarenta años mas tarde, durante la recepción dada a los miembros del Consejo Superior de la Magistratura el 24 de abril de 1995, el difunto Rey Hassan II, pone el acento sobre los principales males que aquejan a la justicia y fija los principales ejes alrededor de los cuales debe ser repensada para poder adaptarse a la evolución de la sociedad. Se trata de la formación, la descentralización, las condiciones materiales de los magistrados y la apertura a otros sistemas de derecho distintos a aquellos que, hasta ese momento, habían servido de referencia en Marruecos.

Las interpelaciones de Su Majestad el Rey Mohammed VI son, si cabe, más explícitas: "La justicia es claramente el primer garante de la seguridad, de la estabilidad y de la cohesión, elementos que conforman la verdadera ciudadanía. Es, al mismo tiempo, un factor que actúa para conseguir la moralización de la sociedad, la instauración de la quietud entre sus miembros, la garantía de las condiciones del desarrollo económico y del progreso social y la apertura de las perspectivas de una vida democrática efectiva que permita la realización de las esperanzas que albergamos"[1].

La reforma de la justicia se encuentra, hoy, en el corazón de decisiones estratégicas irreversibles, de desafíos mayores para los que Marruecos debe de estar preparado y a los cuales la justicia debe aportar una contribución decisiva

Sus interpelaciones sitúan a la justicia como actor encargado de una pesada responsabilidad, en el corazón mismo de las transformaciones que Marruecos debe experimentar para asegurar su desarrollo: "La reforma de la justicia se encuentra, hoy, en el corazón del cambio y de la modernización, de la democratización de la sociedad y de la edificación del Estado de derecho, del crecimiento y del desarrollo, es decir, en el corazón de decisiones estratégicas irreversibles, de desafíos mayores para los que Marruecos debe de estar preparado y a los cuales la justicia debe aportar una contribución decisiva"[2].

Esta justicia que acabamos de describir, ejercida cotidianamente, de forma justa y puntual, debe respetar al hombre, quienquiera que sea, venga de donde venga, haga lo que haga, para poder preservar sus derechos y libertades.

Por otro lado, la sentencia judicial debe ser recibida y justificada para ser aceptable y aceptada por la comunidad humana que la recibe. Esta recepción que procura un sentimiento de justicia, exige la autenticidad de la regla de derecho y de quien la aplica, es decir el juez.

Una ley es auténtica cuando se encuentra en perfecta armonía con la sociedad.

Con todo, conviene detenerse en la evolución del sistema judicial en el cual opera hoy en día el juez marroquí, dada su diversidad y complejidad, así como para distinguir entre el Marruecos pre-colonial, el régimen del protectorado a partir de 1912, la construcción de un ordenamiento jurídico y judicial nacional en los años 1956-1967 después de la independencia, la reforma judicial de los años 1974-1993, que tenía una vocación puramente técnica y versaba sobre la organización judicial y la competencia material y territorial de las jurisdicciones, y la reforma de la justicia de los años 1996-2004 preocupada por la adaptación del derecho y la justicia a los nuevos desafíos políticos y económicos a los cuales se enfrenta Marruecos hoy en día.

Es en este contexto y observando de cerca la evolución del sistema judicial en Marruecos que nos damos cuenta de que la justicia marroquí ha sabido demostrar flexibilidad y capacidad de adaptación, de ahí que se haya enriquecido a lo largo del tiempo y en la diferentes circunstancias en las que se ha encontrado, durante la época pre-colonial, colonial y de la independencia.

Así, junto a la justicia religiosa, representada por los tribunales del *qadi* (el juez, en derecho musulmán) en el caso de la justicia islámica, y por los tribunales rabínicos, en el caso de la justicia hebraica, se han desarrollado otras formas de justicia. Se trata de la justicia del *caïd* y del pachá, que juzgaban conforme a la equidad, de la justicia consuetudinaria practicada en las zonas rurales bereberes y de las jurisdicciones consulares del Makhzen, para terminar llegando al dualismo jurídico y judicial del protectorado a través de las jurisdicciones modernas conocidas bajo el nombre de jurisdicciones francesas, instituidas a partir de 1913 junto a las jurisdicciones tradicionales, en este caso la Corte de Apelación de Rabat.

La zona internacional de Tánger fue, por su parte, sometida a un sistema jurídico y judicial específico y, conforme a los usos internacionales, fueron instaurados tribunales de primera instancia y de apelación.

Asimismo, fueron tomadas otras medidas no menos importantes de cara a asentar las bases de una justicia nacional moderna para reemplazar a las jurisdicciones francesas y españolas en Marruecos.

Así, junto a la justicia religiosa, representada por los tribunales del *qadi* en el caso de la justicia islámica, y por los tribunales rabínicos, en el caso de la justicia hebraica, se han desarrollado otras formas de justicia

De este modo, el *Dahir* de 29 de abril de 1957 creó los tribunales de trabajo en el conjunto del territorio substituyendo a los *consejos de prud'homme* del protectorado francés.

Con todo, la medida más importante fue la creación de la Corte Suprema a través del *Dahir* de 27 de septiembre de 1957, remediando así una situación que atentaba ostensiblemente contra la soberanía nacional. Era, en efecto, inadmisible que la casación de las decisiones tomadas en última instancia por los tribunales marroquíes continuara siendo planteada ante la Corte de Casación francesa, como así ocurría durante el protectorado.

Acto seguido, y con el objetivo de favorecer las inversiones, fueron creados los tribunales mercantiles del mismo modo que vieron la luz los tribunales de lo contencioso-administrativo para proteger los derechos de los ciudadanos ante las autoridades administrativas.

Sin embargo, cualquiera que sea el sistema en el cual ejerce, "el juez tiene como tarea principal situar al derecho los más cerca posible de la sociedad, su profesión, su ejercicio, su disciplina, en otras palabras «su oficio», consiste en observar, comprender y expresar lo mas exactamente posible los valores de la sociedad en la cual opera. Es una exigencia con uno mismo, una exigencia de escucha, de duda, de interrogación, de determinación, a veces de coraje y de sufrimiento, siempre de oficio, de humildad, de humanidad y de generosidad y cuando lo consigue sus sentencias se convierten en faros que iluminan la idea de justicia y de valores sociales, el ideal de equidad"[3].

Estos factores son múltiples y pueden ser percibidos de la siguiente manera: amenazas ideológicas, pero también dificultades prácticas.

1ª parte: Las amenazas ideológicas y prácticas

Las amenazas ideológicas

La justicia en Marruecos ha conocido una evolución metódica que ha seguido al desarrollo económico, social, político y cultural del país. Se ha adoptado un enfoque práctico y pragmático, con una cierta dosis de flexibilidad, con la finalidad de asimilar las cuestiones de actualidad más reciente e integrarlas en la tradición marroquí. Pero el juez, como miembro de la sociedad, no puede ser tomado en consideración dejando de lado los diferentes factores que existen en esa sociedad, y en particular el factor religioso, el factor político y el factor social.

1. El factor religioso

Esta cuestión fue evocada ayer por varios participantes: en realidad, las sociedades magrebíes siempre intentan defender la autenticidad desde un punto de vista general, al tiempo que intentan abrirse a la modernidad. Y la cuestión que normalmente se plantea es aquella de saber si existe una coexistencia pacífica o conflictiva entre el Islam y la concepción de los Derecho Humanos tal y como son internacionalmente reconocidos.

Las sociedades magrebíes siempre intentan defender la autenticidad desde un punto de vista general, al tiempo que intentan abrirse a la modernidad

En realidad, el Islam siempre a tenido en cuenta la evolución social. Los versículos coránicos y las tradiciones del profeta han utilizado siempre el método progresivo en la interpretación. Además, el rito malekita tiene, de por sí, suficiente flexibilidad como para no constituir un obstáculo.

En efecto, Maruecos es un estado árabe cuya religión es el Islam y, desde hace tiempo, la justicia marroquí ha sabido conciliar en la práctica el deber de respeto a las tradiciones con la necesidad de abrirse a la modernidad.

Así, cuando el Islam fue introducido en Marruecos y que el derecho musulmán se convirtió en la fuente de la autoridad, el *qadi* (juez, en derecho musulmán) fue investido de una jurisdicción global , sin que ello le impidiera continuar aplicando de hecho usos y costumbres anteriores, especialmente en el seno de poblaciones rurales o montañesas. El juez marroquí pudo, gracias a su espíritu práctico, establecer lazos entre los usos y las costumbres de la época y los principios universales de la *Chari'a* (derecho musulmán).

2. El factor político

Es evidente que nadie puede ignorar este factor, que depende esencialmente del sistema político de cada país, representando así el marco en el que se desarrolla el trabajo de las instituciones del Estado.

En este contexto, Marruecos ha optado por el sistema del juez independiente como método de selección de los jueces. Ello se refleja en el estatuto del juez, que es nombrado a través de un *Dahir* cuya competencia recae en el Rey y que se mantiene, de este modo, independiente de cualquier otro poder.

Sin embargo, en países como Francia la concepción de este principio es diferente, puesto que los poderes ejecutivo y legislativo están sometidos al voto de los electores y son, pues, renovados periódicamente, no ocurriendo así en el caso del tercer poder - el judicial- que se mantiene "de por vida" entre las manos de unos pocos. Ello puede ser considerado como una aberración constitucional irresoluble puesto que el artículo 3 de la Constitución francesa no admite más soberanía que la del pueblo. Para convencerse de ello baste ver como en Estados Unidos los jueces son escogidos en unas elecciones o como en Alemania o Gran Bretaña algunos tribunales están compuestos por jueces profesionales y no profesionales, sistema, éste último, considerado por algunos como un principio básico de garantía de los principios democráticos.

Sin embargo, la cuestión que nos preocupa aquí no es únicamente la de la independencia del juez respecto a otras autoridades, noción fundamental reconocida más o menos en todas partes, sino la de la independencia del juez en relación consigo mismo, y en relación con todas las interferencias políticas que existen en la sociedad y que pueden influir o guiar su juicio. En la sociedad existen numerosos actores y vectores que pueden emitir una opinión o una postura política a través de la televisión, el cine, la prensa o Internet, y que juegan un papel importante. Durante el juicio, numerosas cuestiones políticas, económicas y sociales de actualidad se presentan ante el juez.

3. El factor social

Cada país tiene sus propias costumbres y tradiciones. En el derecho marroquí, la costumbre constituye la segunda fuente de derecho después de la legislación, de ahí la importancia de estas costumbres en el derecho y en la sociedad marroquíes. El juez, que es parte integrante de esta sociedad, debe ser capaz de conocer adecuadamente dichas costumbres para resolver un conflicto.

En el derecho marroquí, la costumbre constituye la segunda fuente de derecho después de la legislación. El juez debe ser capaz de conocer adecuadamente dichas costumbres para resolver un conflicto

La dificultad reside en el hecho de que estas costumbres no están codificadas, lo cual, dada la diversidad de la sociedad, dificulta que el juez las conozca en su totalidad.

El juez participa en la adaptación de la pena en el proceso penal y, según la región en la que ejerza, no podemos evitar que esté influido de un modo u otro por las costumbres que rigen en esa determinada región, con el fin de garantizar la satisfacción de la voluntad de una sociedad determinada en la medida que, como hemos mencionado un poco más arriba, la ley únicamente es autentica cuando se encuentra en perfecta armonía con la sociedad.

Dificultades prácticas

Independientemente de todas las amenazas ideológicas a las que puede verse confrontado el juez en el ejercicio de sus funciones y que pueden ser consideradas factores relativos y no absolutos, los obstáculos prácticos al ejercicio de su función son elementos que pueden afectar a su productividad, ya sea esta cualitativa o cuantitativa, de manera mucho más directa. Se trata esencialmente de las dificultades siguientes:

1. Un arsenal jurídico diversificado

En un mundo en movimiento permanente, las leyes que rigen los diferentes ámbitos de nuestra sociedad no cesan de aumentar, dando lugar a un arsenal jurídico enormemente diversificado y difícil de abarcar. Un juez marroquí de un tribunal de 1ª instancia, por ejemplo, está obligado a ser competente en diversos asuntos diferentes al mismo tiempo (civil, penal, social, familia…), fenómeno que también se da en las jurisdicciones especializadas de lo contencioso-administrativo o de lo mercantil, donde las leyes en vigor son más precisas y específicas, por lo que necesitan una cierta interpretación.

El número de magistrados sigue siendo insuficiente en comparación con todos los asuntos registrados, y la productividad cualitativa del juez se resiente por ello

Es obvio que el juez tiene la obligación de estar al día y de conocer todas las leyes en vigor, pero la dificultad de acceder a la información en un plazo de tiempo legalmente determinado no facilita este trabajo de puesta al día continuada, que es lo único que permitiría al juez aplicar la ley más adecuada en sus sentencias. Estas dificultades repercuten, de un modo u otro, sobre la calidad de las sentencias y de la interpretación de las leyes.

La mayor dificultad reside en el hecho de que los jueces, o al menos la mayoría de ellos, carecen de medios de búsqueda rápidos, fiables y modernos. En Marruecos, la informatización de los tribunales todavía no ha sido completada, ya que se ha dado prioridad a los tribunales especializados, en éste caso los tribunales de lo mercantil y los de lo contencioso-administrativo, en razón de su carácter "especial" en el tratamiento de los asuntos, así como, no podría ser de otra manera, a la Corte Suprema. Sin embargo, la informatización de los tribunales de 1ª instancia todavía tiene camino por recorrer, aunque esté más presente en la grandes ciudades, donde se concentra la mayoría de la población.

2. Deficiente reparto de los recursos humanos disponibles entre las distintas jurisdicciones

Hay que reconocer que, con el objetivo de facilitar el acceso del justiciable a la justicia, la administración central a seguido en estos últimos años una política que persigue la implantación de jurisdicciones en todo el Reino. Sin embargo, esta implantación se ve confrontada a un problema práctico, en la medida en que el número de asuntos registrados no es el mismo de un tribunal a otro y sigue siendo desproporcionado en relación con los recursos humanos disponibles.

En efecto, el acceso a la justicia aumenta de forma constante y el número de asuntos registrados en una gran ciudad como Rabat o Casablanca no es el mismo que el registrado en una ciudad más pequeña, lo que todavía es más evidente en el caso de jurisdicciones especializadas, que tratan asuntos más específicos, a saber la relación entre el ciudadano y el poder público en las jurisdicciones de los contencioso-administrativo, o la regulación de la gestión de los asuntos económicos del país, en el caso de las jurisdicciones mercantiles. Sabiendo que en Marruecos el número de magistrados no supera los 3.000 para una población de 30 millones de habitantes, el número de magistrados sigue siendo insuficiente en comparación con todos los asuntos registrados y la productividad cualitativa del juez se resiente por ello. En consecuencia, el tipo de productividad que prevalece es la productividad cuantitativa de las jurisdicciones (el número de asuntos juzgados) y no su productividad cualitativa y ello especialmente en los tribunales de 1ª instancia, dada su competencia general.

3. Colegialidad y juez único en la jurisdicción de primera instancia

La cuestión de las ventajas e inconvenientes de ambos sistemas y su impacto respectivo sobre la productividad del juez ha sido siempre objeto de controversia.

La reforma judicial de 1974 simplificó la organización judicial, integrando los tribunales del *sadad*[4] y los tribunales regionales en los nuevos tribunales de 1ª instancia, caracterizados por la unidad de juez y de jurisdicción.

Dicha reforma suprimió la colegialidad con el fin de aumentar la productividad de los jueces, reforzar su responsabilidad y aumentar su autoridad. Sin embargo, con ello se abandonaba la esperanza de una justicia mas preclara, menos subjetiva, más imparcial, independiente y competente.

La formación es similar y se desarrolla del mismo modo tanto para los jueces como para los fiscales. Incluso es posible remplazar una función por otra durante el ejercicio del cargo

Por otro lado, las primeras medidas relativas a la necesaria reforma en profundidad de la justicia marroquí fueron tomadas por los poderes públicos desde principios de los años 90 y la restauración de la colegialidad fue integrada en las jurisdicciones de derecho común[5], es decir, de primer grado.

Pero incluso a pesar del retorno del principio de colegialidad al punto de vista jurídico, de manera práctica y en particular en los tribunales de 1ª instancia, dicha colegialidad no es absoluta y dista de ser aplicada del mismo modo para el mismo tipo de asuntos en un mismo tribunal de derecho común con competencia general[6].

En nuestra opinión, este problema no se plantea únicamente a nivel nacional sino que también aparece a nivel internacional, y el caso *Outreau* en Francia muestra cuan compleja es esta noción.

4. La formación del juez y del fiscal

El Instituto Superior de la Magistratura, con sede en Rabat y dotado de personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, es la institución responsable de la formación de los magistrado en Marruecos. Los candidatos al Instituto deben superar una primera fase de preselección, basada en su expediente, y una segunda fase consistente en un examen de acceso. El proceso de selección tiene en cuenta los conocimientos jurídicos de los candidatos pero sobretodo se basa en su capacidad de análisis y de razonamiento, así como en su predisposición psicológica y moral a ejercer la labor de juez y a aceptar los sacrificios que ello requiere. La formación dura dos años y se divide entre el estudio de la teoría y la deontología de la profesión y un periodo de prácticas en el seno de una jurisdicción.

La formación es similar y se desarrolla del mismo modo tanto para los jueces como para los fiscales, que son nombrados, según las necesidades, una vez superado el periodo de prácticas. Incluso es posible remplazar una función por otra durante el ejercicio del cargo, aún muchos años después de haber accedido a dicha función.

Así pues, la cuestión que se plantea es saber si, a pesar de las diferencias que existen entre el papel del juez y el del fiscal – que es complementario pero no similar -, la formación de ambos magistrados, aún siendo la misma en un primer momento, desemboca en la finalidad de asentar la justicia en la sociedad. ¿Debemos considerar que esta dualidad de ejercicio en la función permitirá al juez confrontarse a experiencias deferentes en el ejercicio de sus funciones? Esta situación genera no poca controversia pero lo que es seguro es que afecta de manera directa a la productividad, primero cualitativa y después cuantitativa, del juez.

2ª parte: Productividad de los jueces

La influencia de las cuestiones internacionales es cada vez mayor y el juez debe por ello asumir un doble papel: el de asegurar una productividad cualitativa y cuantitativa tanto en el plano nacional como en el internacional

Ante una globalización y una mundialización cada vez más apremiantes el papel del juez no puede ser concebido únicamente en referencia a un contexto nacional. Al contrario, la influencia de las cuestiones internacionales es cada vez mayor y el juez debe por ello asumir un doble papel: el de asegurar una productividad cualitativa y cuantitativa tanto en el plano nacional como en el internacional. Varios medios son necesarios para permitir a los magistrados aprehender las realidades a menudo complejas que sirven de contexto a sus decisiones y para que, llegado caso, también puedan trascenderlas. Estos medios son:

La formación de los jueces y el rol del Instituto Superior de la Magistratura

Se requiere una formación polivalente que permita conocer otras ciencias elementales (humanas, sociales, contables, financieras, genéticas, etc…). El juez no es, por supuesto, un experto, pero necesita disponer de un mínimo de conocimientos para requerir la opinión de uno.

El conocimiento de lenguas extranjeras, el "plurilingüismo", es también una elemento complementario muy importante en la formación de los magistrados. El conocimiento de idiomas permite una mayor apertura y un acceso a la información más diversificado y es también propicio al intercambio de opiniones y de ideas.

La formación jurídica y judicial deberá, en consecuencia, ser completada con este tipo de disciplinas y promover el descubrimiento de otras realidades, a través de periodos de prácticas, de intercambios de experiencias internacionales y de una organización y orientación pluridisciplinares que permitan descodificar una realidad que se torna cada vez más compleja.

La especialización: el dominio de una materia permite al juez ir más allá de la condición de mera máquina judicial de aplicación de la ley, al tiempo que mejora la capacidad de síntesis y la creatividad. En este sentido, la especialización de un juez de ejecución en todos los tribunales mercantiles y de 1ª instancia podría, por ejemplo, acelerar el proceso de las vías de ejecución de las sentencias. De este modo, dispondrían de las aptitudes, los poderes y las responsabilidades requeridas para obtener medidas de ejecución eficaces de las decisiones judiciales, que es al fin y al cabo el resultado final que se persigue con el acceso a la justicia. Ello es igualmente aplicable a la formación de los magistrados y fiscales.

El dominio de los medios informáticos. Es necesario continuar y reforzar el programa de informatización, pero sin olvidar que cualquier programa de esta naturaleza debe, para servir de forma eficaz y duradera a la mejora del trabajo, ser planteado y ejecutado teniendo en cuenta su triple dimensión: equipamiento informático, formación de los usuarios e informatización de los procedimientos. Cabe señalar, asimismo, que la informatización planteada de esta manera puede ayudar a tratar el problema de la corrupción, así como facilitar las técnicas de redacción y la búsqueda y el acceso a la información, a la regla de derecho y a la jurisprudencia nacional e internacional.

La movilización de los recursos humanos

Se trata de una necesidad absoluta para superar las dificultades que afectan a nuestra justicia, para afrontar la demanda creciente que la concierne y para facilitar el acceso a dicha justicia. En este sentido, es recomendable racionalizar la implantación de las jurisdicciones, utilizando un sistema de identificación objetiva de las necesidades para darles visibilidad y facilitar la toma de decisiones en materia de desarrollo del mapa judicial. Este sistema permitirá asegurar al mismo tiempo un mejor reparto de los recursos humanos disponibles entre las distintas jurisdicciones, una cobertura más racional y equitativa del territorio y, por ende, una mayor productividad de nuestro sistema judicial.

La cuestión que se plantea de forma cada vez más acuciante es la de la concepción de una justicia milenaria, a partir de una mundialización y de una globalización apremiantes

Los asistentes judiciales

En Marruecos, no existe tal institución pero podría ser de ayuda para los jueces en la búsqueda de información y de la regla judicial aplicable, en la medida en que las leyes que regulan los diferentes ámbitos de nuestra sociedad no cesan de aumentar dada la complejidad de las relaciones que en ella se producen, con el objetivo último de conseguir una productividad cualitativa y no solamente cuantitativa.

Una política de valorización y de compensación de los esfuerzos suplementarios realizados por los auxiliares de justicia, especialmente los secretarios judiciales y los oficiales de justicia[7], deberá igualmente ser elaborada y tomada en consideración.

Sin embargo, conviene precisar que, más allá del sistema general en el cual opera el juez, los factores que afectan a su papel y, por extensión, al buen funcionamiento de la máquina judicial, no deben ser únicamente tratados en relación con los factores políticos, ideológicos y sociales que rodean al mismo, factores que hoy en día podemos considerar tradicionales y cuya concepción es tratada de forma relativa de un país al otro. La cuestión que se plantea de forma cada vez más acuciante es la de la concepción de una justicia milenaria, a partir de una mundialización y de una globalización apremiantes y en cuyo contexto, por un lado, el rol del juez se amplia constantemente, puesto que la internacionalización y la creciente complejidad del derecho apelan a una diversificación y a una apertura al mundo exterior, y por el otro, la regla de derecho nace de las decisiones de justicia internas, escrutadas, analizadas y a veces retomadas por jueces de otros países.

De este modo, el juez no sólo se encuentra con dificultades a nivel nacional, sino también internacional.

Teniendo todo esto en cuenta, ¿es posible concebir la existencia de un juez universal, o se vería éste confrontado a asuntos que se plantean a los jueces del mundo entero? ¿Cómo puede garantizar su productividad y su rol como factor social y universal de primer orden ante una sociedad multicultural en movimiento permanente?

Notas

1. Discurso de SM Mohammed VI en ocasión de la apertura de los trabajos del Consejo Superior de la Magistratura el 15 de diciembre de 1999.
2. Discurso de Su majestad el Rey Mohammed VI en ocasión de la apertura de los trabajos del Consejo Superior de la Magistratura el 1 de marzo de 2002.
3. Extracto del discurso del antiguo Primer Presidente de la Corte de Casación francesa, el señor Guy Canivet, en la actualidad miembro del Consejo Constitucional de Francia, pronunciado en la universidad de Laval, en Québec, el 20 de septiembre de 2004, en ocasión de la ceremonia de concesión del doctorado *honoris causa*.
4. Los tribunales del *sadad* eran los tribunales de 1ª instancia competentes para asuntos relativos a la ley personal de musulmanes y judíos. *N. del T.*
5. *Dahir* relativo a la ley nº 1-93-206 de 22 *rebia I* 1414 (10 de septiembre de 1993) que modifica el código procesal civil (Boletín Oficial nº 4220 del miércoles 15 de septiembre de 1993).
6. En efecto, a diferencia de la organización judicial en España, el tribunal de 1ª instancia, llamado de derecho común, tiene una competencia general, salvo si la competencia es expresamente atribuida por el rey a una jurisdicción especializada. De este modo, su competencia se extiende a todos los asuntos (civiles, inmobiliarios, sociales, penales y de familia – estatuto personal y sucesorio). Este tribunal tiene una formación colegiada excepto en los casos de declaración judicial de nacimiento y de fallecimiento, de conciliación e investigación en asuntos relativos a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de pensiones alimenticias en materia de familia y también para las autorizaciones matrimoniales.

   En materia penal, es necesario distinguir entre faltas, delitos de policía y delitos correccionales: en el caso de los dos primeros, que son susceptibles de ser castigados con un pena de multa o de prisión inferior a dos años, el tribunal lo forma un único juez; sin embargo, en los delitos correccionales, castigados con penas de entre dos y cinco años, el tribunal presenta una composición colegiada. Por último, si el crimen fuera susceptible de ser castigado con una pena superior a cinco años, el tribunal competente es la sala de lo criminal de la Corte de apelación, donde la colegialidad tiene un mayor peso, al estar constituido el tribunal por siete magistrados en lugar de cinco.
7. "*Huissier de justice*" en el original francés. Dicha figura, similar a la del procurador, no tiene equivalente exacto en el sistema jurídico español. *N. del T.*

Être juge au Maroc et en Espagne.

Les menaces idéologiques et pratiques pour le statut du juge: peut-on demander une productivité au juge?

Saloua Mazouz

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

LES MENACES IDÉOLOGIQUES ET PRATIQUES POUR LE STATUT DU JUGE : PEUT-ON DEMANDER UNE PRODUCTIVITÉ AU JUGE ?

Saloua Mazouz

Juge détaché au Cabinet du Premier Président de la Cour Suprême , Rabat

Permettez moi, Mesdames et Messieurs, de vous exprimer ma joie et ma fierté d'être parmi vous aujourd'hui, et d'exprimer par ailleurs ma reconnaissance et gratitude au Premier Président de la Cour Suprême du Maroc, Docteur Driss Dahak, qui m'a donné l'occasion de participer à ce séminaire à la veille des préparatifs pour la célébration, sous le haut patronage de SM le Roi Mohammed VI, du cinquantenaire de la Cour Suprême, qui va être commémoré les 21 et 22 novembre 2007 par le colloque international sur l'avenir de la justice au 21ème siècle.

Afin d'aborder notre sujet, il parait judicieux de l'entamer par une citation significative, tirée de l'important discours prononcé par Feu Sa Majesté le Roi Mohammed V le 2 Octobre 1956 à la cour d'appel de Rabat à l'occasion de l'ouverture de la première année judiciaire après l'indépendance, 1956-1957 :

« …La justice, pour atteindre son but, requiert des qualités de droiture et de probité qui permettent de prononcer un jugement sans se laisser influencer par des facteurs passionnels, ni s'arrêter sur des considérations d'ordre politique et racial… ».

Presque quarante ans plus tard, recevant les membres du Conseil Supérieur de la Magistrature le 24 avril 1995, Feu Sa Majesté le Roi Hassan II, met l'accent sur les principaux maux dont souffre la justice et fixe les principaux axes autour desquels elle devra se repenser pour s'adapter à l'évolution de la société. Il s'agit de la formation, la décentralisation, les conditions matérielles des magistrats et l'ouverture sur d'autres systèmes de droit que ceux ayant jusque là fait référence au Maroc.

Les interpellations de Sa Majesté le Roi Mohammed VI sont encore plus explicites : « La justice est à l'évidence, le premier garant de la sécurité, de la stabilité et de la cohésion, qui font la citoyenneté véritable. Elle est en même temps un facteur agissant dans la moralisation de la société, l'instauration de la quiétude parmi ses membres, la garantie des conditions du développement économique et du progrès social et l'ouverture des perspectives d'une vie démocratique effective permettant la réalisation des espérances que nous nourrissons »[1].

Ses interpellations situent la justice en tant qu'acteur en charge d'une lourde responsabilité, au coeur même des transformations que le Maroc

La réforme de la justice est aujourd'hui au coeur de choix stratégiques irréversibles, de défis majeurs que le Maroc doit impérativement relever et auxquels la justice doit apporter une contribution décisive

doit connaître pour assurer son développement : « La réforme de la justice est aujourd'hui au coeur du changement et de la modernisation, de la démocratisation de la société et de l'édification de l'Etat de droit, de la croissance et du développement, c'est-à-dire au coeur de choix stratégiques irréversibles, de défis majeurs que le Maroc doit impérativement relever et auxquels la justice doit apporter une contribution décisive »[2] .

La justice ainsi décrite, rendue quotidiennement, justement et ponctuellement, doit respecter l'homme, quel qu'il soit, d'où qu'il vienne, quoi qu'il fasse, afin de préserver ses droits et libertés.

Par ailleurs, la sentence judiciaire doit être reçue et justifiée pour être acceptable et acceptée par la communauté humaine qui la reçoit. Cette réception qui procure un sentiment de justice, exige l'authenticité de la règle de droit et de celui qui l'applique, à savoir le juge.

Une loi est authentique lorsqu'elle se trouve en parfaite harmonie avec la société.

Toutefois, il convient de nous arrêter sur l'évolution du système judiciaire dans lequel opère actuellement le juge marocain, en raison de sa diversité et de sa complexité, ainsi que pour distinguer entre le Maroc précolonial, le régime du protectorat à partir de 1912, la construction d'un ordre juridique et judiciaire national dans les années 1956-1967 au lendemain de l'indépendance, la réforme judiciaire des années 1974-1993, à vocation purement technique et portant sur l'organisation judiciaire et la compétence matérielle et territoriale des juridictions, et la réforme de la justice des années 1996-2004 préoccupée par la mise en équation du droit et de la justice avec les nouveaux défis politiques et économiques auxquels le Maroc est aujourd'hui confronté.

C'est dans ce contexte et en regardant de plus prêt l'évolution du système judiciaire au Maroc, que l'on s'aperçoit que la justice marocaine a su faire preuve de flexibilité et d'adaptation, d'où son enrichissement à travers le temps et les circonstances qui l'entourent, durant la période précoloniale, coloniale et de l'indépendance.

Ainsi à côté de la justice religieuse, représentée par les tribunaux du *qadi* (juge en droit musulman) pour ce qui est de la justice islamique, et par les tribunaux rabbiniques pour ce qui est de la justice hébraïque, d'autres formes de justice se sont développées. Il s'agit de la justice du caïd et du pacha qui jugent à l'équité, de la justice coutumière pratiquée dans les zones rurales berbères et des juridictions consulaires de *Makhzen*, pour arriver ensuite au dualisme juridique et judiciaire du protectorat à travers les juridictions modernes connues sous le nom de juridictions françaises, instituées à partir de 1913 aux côtés des juridictions traditionnelles, en l'occurrence la Cour d'Appel de Rabat.

La zone internationale de Tanger a été, quant à elle, soumise à un système juridique et judiciaire spécifique et, conformément aux usages internationaux, des cours de première instance et d'appel ont été instaurées.

Par ailleurs, d'autres mesures non moins importantes ont été prises pour assoir les bases d'une justice nationale moderne, en remplacement des juridictions françaises et espagnoles au Maroc.

C'est ainsi que des tribunaux du travail ont été créés par le Dahir du 29 avril 1957 sur l'ensemble du territoire en remplacement des conseils de prud'homme du protectorat français.

Mais, la plus importante des mesures fut la création de la Cour Suprême par le dahir du 27 septembre 1957, remédiant ainsi à une situation ostensiblement attentatoire à la souveraineté nationale. Il était, en effet, inadmissible que le pourvoi en cassation contre les décisions rendues en dernier ressort par des tribunaux marocains continue à être formulé devant la Cour de Cassation française, comme ce fut le cas sous le régime du protectorat.

À côté de la justice religieuse, représentée par les tribunaux du *qadi* pour ce qui est de la justice islamique, et par les tribunaux rabbiniques pour ce qui est de la justice hébraïque, d'autres formes de justice se sont développées

Par la suite, et dans le but de favoriser les investissements, des tribunaux de commerce ont été créés, et les tribunaux administratifs ont également vu le jour afin de protéger l'exercice des droits des citoyens face aux autorités administratives.

Néanmoins, quel que soit le système dans lequel il exerce, « le juge a pour rôle essentiel de placer le droit au plus prés de la société, sa profession, son exercice, sa discipline, en d'autres mots « son office », est d'observer, comprendre et exprimer le plus exactement possible les valeurs de la société où il opère. C'est une exigence à l'égard de soi, une exigence d'écoute, de doute, d'interrogation, de détermination, parfois de courage et de souffrance, toujours de métier, d'humilité, d'humanité et de générosité, et lorsqu'il y parvient, ses jugements sont des phares qui éclairent l'idée de justice et de valeurs sociales, l'idéal d'équité »[3].

Par ailleurs, le statut d'un juge, ne peux se concevoir d'une manière isolée de toutes les interférences qui existent dans une société, qu'elles soient nationales ou internationales. Au contraire, le juge est partie intégrante d'un tout, une personne qui non seulement doit requérir toutes les conditions sine qua non pour pratiquer la plus belle des vertus chez les juges, qui est l'indépendance, mais doit par ailleurs faire face à toutes les menaces extérieures qui peuvent l'affecter en tant que personne. Il a ainsi besoin de moyens pour affronter un nouvel ordre mondial qui s'impose de plus en plus et qui se matérialise par la diversité d'une société multiculturelle, moderne et en mouvement permanant, sans frontières, ainsi que pour pouvoir gérer tout autre facteur pouvant influencer son jugement et entraver sa productivité et son rôle comme acteur social et universel de premier rang.

Ces facteurs sont multiples et peuvent être perçus de la manière suivante: menaces idéologiques, mais également contraintes pratiques.

1ère partie : Les menaces idéologiques et pratiques

Les menaces idéologiques

La justice au Maroc a connu une évolution méthodique qui a suivi le développement économique, social, politique et culturel du pays. Elle a ainsi adopté une approche pratique et pragmatique, avec une certaine flexibilité, dans le but d'assimiler les questions d'actualité les plus récentes et de les intégrer dans la tradition marocaine. Mais le juge, en tant

que membre de la société, ne peux être pris en considération indépendamment de tous les différents facteurs qui existent dans cette dernière, en particulier les facteurs religieux, politique et social.

Les sociétés maghrébines essayent toujours de défendre l'authenticité sur un plan général, tout en essayant de s'ouvrir sur la modernité

1. Le facteur de la religion

Cette question a été soulevée hier par les différents intervenants : en réalité, les sociétés maghrébines essayent toujours de défendre l'authenticité sur un plan général, tout en essayant de s'ouvrir sur la modernité. Et la question qui reste en général soulevée est celle de savoir s'il y a une coexistence pacifique ou heurtée entre Islam et conception des Droits de l'Homme tels qu'universellement reconnus.

En réalité, l'Islam a toujours tenu compte de l'évolution sociale. Les versets coraniques et les traditions du prophète ont toujours utilisé la méthode progressive dans l'interprétation. De plus, le rite malékite a à lui seul suffisamment de souplesse pour ne pas constituer une entrave.

En effet, le Maroc est un état arabe dont la religion est l'Islam, et la justice marocaine a depuis longtemps su concilier dans la pratique le devoir d'attachement aux traditions avec la nécessité de s'ouvrir sur la modernité.

Ainsi, lorsque l'Islam fut introduit au Maroc et que le droit musulman devint la source de l'autorité, le *qadi* (juge en droit musulman) se trouva investi d'une juridiction globale, sans que cela ne l'empêche de poursuivre dans les faits les coutumes et usages antérieurs, notamment au sein des populations rurales ou montagnardes. Le juge marocain a pu, grâce à son esprit pratique, établir des liens entre les usages et coutumes de l'époque et les principes universels de la *Chari'a* (droit musulman).

2. Le facteur politique

Bien évidemment, personne ne peux ignorer ce facteur, qui dépend essentiellement du système politique de chaque pays, représentant ainsi le cadre de travail des institutions de l'Etat.

Dans ce contexte, le Maroc a choisi pour la nomination des juges le système du juge indépendant, ce qui se reflète dans le statut du juge, nommé par Dahir relevant de la compétence du Roi, et qui demeure ainsi indépendant de tout autre pouvoir.

Cependant, en France par exemple, la conception de ce principe est autre, étant donné que les pouvoirs exécutif et législatif sont soumis aux votes des électeurs et donc renouvelés périodiquement, sans que cela soit le cas du troisième pouvoir – judiciaire – qui demeure « à vie » entre les mains de quelques-uns. Ceci peut être considéré comme une aberration constitutionnelle insoluble, puisque l'article 3 de la Constitution n'admet pas d'autre souveraineté que celle du Peuple. Il suffit, pour s'en convaincre, de constater l'élection des juges aux Etats-Unis ou le système de l'échevinage en Grande Bretagne et en Allemagne, considéré par d'autres comme étant un principe de base garantissant les principes démocratiques.

Mais la question qui pourrait être soulevée ici n'est pas seulement celle de l'indépendance du juge par rapport à d'autres autorités, notion de base reconnue un peu partout, mais celle de l'indépendance de ce dernier par rapport à lui-même, et par rapport à toutes les interférences politiques qui existent dans la société et qui peuvent influencer ou guider son jugement. Il existe dans la société de nombreux acteurs et vecteurs pouvant faire valoir un avis ou une position politique à travers la télévision, le cinéma, la presse, internet, et qui jouent un rôle important. De multiples questions politiques, économiques et sociales d'actualité se présentent devant le juge lors des procès judiciaires.

En droit marocain, la coutume constitue la deuxième source de droit après la législation. Le juge doit être en mesure de bien connaître ces coutumes pour résoudre un conflit

3. Le facteur social

Chaque pays possède des coutumes et traditions qui lui sont propres. En droit marocain, la coutume constitue la deuxième source de droit après la législation, d'où l'importance de ces coutumes dans le droit et la société marocaine. Le juge, partie intégrante de cette société, doit être en mesure de bien connaître ces coutumes pour résoudre un conflit.

La contrainte réside dans le fait que ces coutumes ne sont pas codifiées, d'où la difficulté pour le juge de les assimiler en totalité, en raison de la diversité de la société.

Le juge joue un rôle dans l'adaptation de la peine dans le procès pénal et, selon la région où il exerce, on ne peux pas écarter le fait qu'il soit influencé d'une manière ou d'autre par les coutumes qui régissent cette région, afin de garantir la satisfaction de la volonté d'une société déterminée dans la mesure où, comme mentionné plus haut, la loi n'est authentique que lorsqu'elle se trouve en parfaite harmonie avec la société.

Contraintes pratiques

Mise à part toutes les menaces idéologiques auxquelles peut être confronté le juge dans l'exercice de ses fonctions et qui peuvent être considérées comme des facteurs relatifs et non absolus, les contraintes pratiques dans l'exercice de sa fonction constituent par ailleurs des éléments pouvant affecter sa productivité qu'elle soit qualitative ou quantitative, d'une manière beaucoup plus directe. Il s'agit essentiellement des contraintes suivantes:

1. Arsenal juridique diversifié

Dans un monde en mouvement permanant, les lois qui régissent les différents domaines de notre société ne cessent de s'accroître, ce qui donne lieu à un arsenal juridique très diversifié et difficile à cerner. Un juge marocain dans un tribunal de première instance est, par exemple, amené à être compétent sur plusieurs affaires différentes en même temps (civil, pénal, social, famille…), ce qui est également le cas dans les juridictions spécialisées administratives ou commerciales où les lois en vigueur sont plus pointues et spécifiques, nécessitant ainsi une certaine interprétation.

Le nombre des magistrats demeure toujours insuffisant en comparaison avec toutes les affaires enregistrées, et la productivité qualitative du juge s'en ressent

Le juge est bien évidemment dans l'obligation de connaître toutes les lois en vigueur et d'être toujours à jour, mais la difficulté d'accès à l'information dans un délai légalement déterminé ne facilite pas ce travail d'actualisation continue, le seul à même de permettre au juge d'appliquer la loi la plus adéquate dans ces jugements. Ces difficultés ont, d'une manière ou d'une autre, un impact sur la qualité des jugements rendus et l'interprétation de ces lois.

La difficulté majeure réside dans le fait que les juges, ou du moins la plupart d'entre eux, ne disposent pas de moyens de recherche rapides, fiables et modernes. L'informatisation des tribunaux au Maroc n'est pas encore réalisée dans sa totalité, la priorité ayant été donnée aux tribunaux spécialisés, en l'occurrence commerciaux et administratifs en raison de leur caractère «spécial» dans le traitement des affaires, ainsi que, bien évidemment, à la Cour Suprême également. Toutefois, l'informatisation des tribunaux de première instance n'est pas encore arrivée à son terme et elle est plutôt accentuée sur les TPI des grandes villes, où la population est plus concentrée.

2. Défaut de répartition des ressources humaines disponibles entre les différentes juridictions

Il est vrai que, dans le but de faciliter l'accès du justiciable à la justice, l'administration centrale a suivi ces dernières années une politique visant l'implantation des juridictions dans tout le Royaume. Néanmoins cette implantation se trouve confrontée à un problème pratique, dans la mesure où le nombre d'affaires enregistrées n'est pas le même d'un tribunal à un autre, et demeure par ailleurs disproportionné par rapport aux ressources humaines disponibles.

En effet, l'accès à la justice est en croissance constante, et le nombre d'affaires enregistré dans une grande ville comme Rabat ou Casablanca n'est pas le même que celui enregistré dans une ville plus petite, encore moins en ce qui concerne les juridictions spécialisées, qui traitent des affaires plus pointues, à savoir le rapport entre le citoyen et le pouvoir public pour les juridictions administratives, ou celles qui visent la gestion des affaires économiques du pays, en ce qui concerne les juridictions commerciales. Sachant que le nombre de magistrats au Maroc ne dépasse pas les 3.000 pour une population de plus de 30 millions d'habitants, le nombre des magistrats demeure toujours insuffisant en comparaison avec toutes les affaires enregistrées, et la productivité qualitative du juge s'en ressent. En effet, le type de productivité qui prévaut est la productivité quantitative des juridictions (en nombre d'affaires jugées), et non leur productivité qualitative, et ceci surtout dans les tribunaux de première instance, en raison de leur compétence dite générale.

3. Collégialité et juge unique en juridiction de première instance

La question a toujours été sujet de controverse, entre avantages et inconvénients des deux systèmes et leurs impacts respectifs sur la productivité du juge.

La réforme judiciaire de 1974 a par ailleurs simplifié l'organisation judiciaire en intégrant les tribunaux du *sadad*[4] et les tribunaux régionaux dans les nouveaux tribunaux de première instance, qui se caractérisent par l'unité du juge et l'unité de juridiction.

Cette réforme a en effet supprimé la collégialité au motif d'augmenter la productivité des juges, de renforcer leur responsabilité et d'augmenter leur autorité. Mais, ce faisant, on renonce à l'espoir d'une justice mieux éclairée, moins subjective, plus impartiale, indépendante et compétente.

Par ailleurs, les premières mesures répondant à la nécessité de réformer en profondeur la justice marocaine ont été prises par les pouvoirs publics dès le début des années 1990, et la restauration de la collégialité fut intégrée dans les juridictions de droit commun[5], c'est-à-dire de premier degré.

Mais même avec le retour du principe de la collégialité au point de vue juridique, de manière pratique et en particulier dans les tribunaux de première instance, cette collégialité n'est pas absolue ni appliquée de la même manière entre les mêmes affaires dans le même tribunal de droit commun qui détient une compétence générale[6].

Ce problème à notre avis ne se pose pas seulement au niveau national, mais aussi au niveau international, et l'affaire Outreau en France témoigne par exemple largement de la complexité de cette notion.

4. La formation du Juge de fond et le parquet

La formation des magistrats au Maroc est assurée par l'accès à l'Institut Supérieur de la Magistrature, doté de personnalité juridique et d'autonomie administrative et financière et situé à Rabat. Cet accès est conditionné par une présélection des candidats, sur étude de dossier, et par la réussite au concours d'entrée. Leur sélection tient compte bien entendu du contrôle des connaissances juridiques, mais surtout de leur capacité d'analyse et de raisonnement, ainsi que de leurs prédispositions psychologiques et morales à exercer le métier de juge et à en accepter les contraintes et les servitudes. La formation dure deux ans et est partagée entre la théorie et la déontologie de la profession et un stage pratique au sein des juridictions.

La formation est similaire et s'effectue de la même manière pour les juges de fond et le parquet – à savoir le ministère public – qui seront affectés, après la réussite de fin de stage, comme magistrats du siège ou comme magistrats au parquet, selon les besoins. On peut même substituer l'un à l'autre au cour de l'exercice de leurs fonctions, et cela même après plusieurs années.

La formation est similaire et s'effectue de la même manière pour les juges de fond et le parquet. On peut même substituer l'un à l'autre au cour de l'exercice de leurs fonctions, et cela même après plusieurs années

De ce fait, la question est de savoir si, malgré les différences existant entre le rôle du magistrat de siège et du magistrat du parquet – qui exercent chacun de leur côté un rôle complémentaire mais non similaire – la formation des deux magistrats, bien qu'étant au départ la même pour les deux fonctions, aboutit à ses fins d'asseoir la justice dans la société. Doit-on considérer que cette dualité d'exercice dans la fonction permettra au juge d'être confronté à des expériences différentes dans l'exercice de ses fonctions? Cette situation est sujet à controverse, mais il est certain

qu'elle affecte de manière directe la productivité d'abord qualitative et ensuite quantitative du juge.

2ème partie : Productivité du juges

L'influence des contraintes internationales est de plus en plus présente et ce dernier doit de ce fait assurer un double rôle : celui d'assurer sa productivité qualitative et quantitative sur un plan national et international

Face à une globalisation et une mondialisation de plus en plus prégnante, le rôle d'un juge n'est plus conçu uniquement dans un contexte national. Au contraire, l'influence des contraintes internationales est de plus en plus présente et ce dernier doit de ce fait assurer un double rôle : celui d'assurer sa productivité qualitative et quantitative sur un plan national et international. Pour ce faire, plusieurs moyens doivent être pris en considération, afin de permettre aux magistrats d'appréhender les réalités souvent complexes qui servent de contexte à leurs décisions et de les transcender en cas de besoin, à savoir:

La formation des juges et le rôle de l'Institut Supérieur de la Magistrature

Une formation polyvalente est nécessaire, afin de permettre la connaissance d'autres sciences élémentaires, en l'occurrence humaines, sociales, comptables, financière, génétique et autres… Le juge n'est certes pas un expert, mais un minimum de connaissances lui est nécessaire pour pouvoir requérir l'avis d'un expert.

La connaissance des langues étrangères, « le plurilinguisme », est également un élément complémentaire très important dans la formation des magistrats. La connaissance des langues permet beaucoup plus d'ouverture et un accès à l'information plus diversifié et elle est propice au partage d'opinions et d'idées.

La formation juridique et judiciaire devra en conséquence être complétée par ces disciplines et promouvoir la découverte d'autres réalités, sous forme de stages, d'échanges d'expériences internationaux et d'encadrements pluridisciplinaires permettant de décoder un réel de plus en plus complexe.

La spécialisation: la maîtrise de la matière, permet au juge de dépasser la condition de machine judiciaire appliquant la loi et augmente l'esprit de synthèse et de créativité. C'est ainsi que la spécialisation d'un juge de l'exécution dans tous les tribunaux de commerce et de première instance pourrait par exemple accélérer le processus des voies d'exécution des jugements. Il disposerait ainsi des aptitudes, des pouvoirs et des responsabilités requises pour obtenir des mesures d'exécution efficaces de la décision judiciaire, produit final recherché par l'accès à la justice. C'est également le cas pour la formation des magistrats du siège et les magistrats du parquet.

►La maîtrise des moyens informatiques: le programme d'informatisation devra être poursuivi et renforcé, sans perdre de vue que tout programme de cette nature ne peut valablement et durablement être favorable au relèvement du niveau de performance qu'à la condition de l'envisager et de l'exécuter sous sa triple dimension, d'équipement informatique, de formation des utilisateurs et d'informatisation des procédures. Il est à noter, par ailleurs, que l'informatisation ainsi envisagée peut aider le

traitement du problème de la corruption, mais également faciliter les techniques de rédaction, la recherche et l'accès à l'information, à la règle de droit et à la jurisprudence nationale et internationale

La mobilisation des ressources humaines

Cette dernière est une nécessité absolue pour vaincre les difficultés dont souffre notre justice, pour faire face à la demande croissante qui la concerne et pour en faciliter l'accès. Il est ainsi recommandé de rationaliser l'implantation des juridictions, en utilisant un système d'identification objective des besoins pour donner de la visibilité et aider à la décision en matière de développement de la carte judiciaire. Ce système permettra en même temps d'assurer une meilleure répartition des ressources humaines disponibles entre les différentes juridictions, une couverture plus rationnelle, plus équitable du territoire et, partant, une plus grande productivité de notre système judiciaire.

La question qui s'impose et qui devient pertinente est celle de la conception de la justice millénaire, à partir d'une mondialisation et d'une globalisation de plus en plus prégnantes

Les assistants judiciaires

C'est une institution qui n'existe pas encore au Maroc, et qui peux aider le juge dans la recherche de l'information et de la règle judicaire applicable, dans la mesure où les lois qui régissent les différents domaines de notre société ne cessent de s'accroîtrent, en raison de la complexité des affaires dans la société, dans le but ultime d'une productivité qualitative et non seulement quantitative.

Une politique de valorisation et de compensation des efforts supplémentaires fournis par les auxiliaires de justice, notamment les greffiers et les huissiers de justice, devra également être conçue et prise en considération.

Toutefois, il convient de préciser qu'au-delà du système général dans lequel opère le juge, les facteurs qui affectent son rôle et, au-delà, le bon fonctionnement de la machine judiciaire, ne doivent plus être traités uniquement en relation avec les facteurs politiques, idéologiques ou sociaux qui l'entourent, facteurs que l'on peut considérer aujourd'hui comme traditionnels et dont la conception est traitée de manière relative d'un pays à l'autre. La question qui s'impose et qui devient pertinente est celle de la conception de la justice millénaire, à partir d'une mondialisation et d'une globalisation de plus en plus prégnantes dans notre société, et dans lesquelles, d'un côté, le rôle du juge devient de plus en plus large, car l'internationalisation et la complexité croissante du droit appellent à une diversification et à une ouverture sur le monde extérieur, et de l'autre, la règle de droit naît des décisions de justice internes, scrutées, analysées, reprises parfois, par d'autres juges d'autres pays.

Le juge doit ainsi faire face à des contraintes non seulement nationales mais également internationales.

Ainsi, peut-on concevoir l'existence d'un juge universel, ou serait-il confronté à des affaires qui se posent aux juges du monde entier? Comment peut-il assurer sa productivité et son rôle comme facteur social et universel de premier rang face à une société multiculturelle en mouvement permanent?

Notes

1. Discours de SM Mohammed VI à l'occasion de l'ouverture des travaux du Conseil Supérieur de la Magistrature le 15 décembre 1999.
2. Discours de SM le Roi Mohammed VI à l'occasion de l'ouverture des travaux du Conseil Supérieur de la Magistrature le 1er mars 2002.
3. Propos avancés par l'ancien Premier Président de la Cour de Cassation française, Mr Guy Canivet actuellement membre du Conseil Constitutionnel de France, à l'université de Laval au Québec, le 20 septembre 2004, lors de la cérémonie de remise du doctorat *honoris causa*.
4. Les tribunaux du *sadad* étaient les tribunaux de première instance qui traitaient des affaires relatives à la loi personnelles des musulmans et des juifs. *N. du T.*
5. Dahir portant loi n° 1-93-206 du 22 rebia I 1414 (10 septembre 1993) modifiant le code de procédure civile (Bulletin Officiel n° 4220 du mercredi 15 Septembre 1993).
6. En effet, contrairement à l'organisation judiciaire espagnole, le tribunal de première instance, dit de droit commun, à une compétence générale, sauf si la compétence est attribuée expressément par la loi à une juridiction spécialisée. Sa compétence s'étend ainsi à toutes les affaires (civiles, immobilières, sociales, pénales, de famille -statut personnel et successoral). Ce tribunal siège en formation collégiale sauf, déclaration judiciaire de naissance et de décès, conciliation et enquêtes en matière d'accident de travail et maladies professionnelles, pensions alimentaires en matière de famille et également pour les autorisations de mariage.

   En matière pénale il faut faire la distinction entre contraventions, délits de police et délits correctionnels : pour les deux premiers, qui sont passibles d'une peine d'amende ou d'emprisonnement qui ne dépasse pas les deux ans, la compétence est pour le juge unique ; par contre, pour les derniers, c'est la formation collégiale si les faits constituent un délit passible d'une peine entre deux à cinq ans. Par ailleurs, s'ils constituent un crime passible d'une peine de plus que cinq ans, la compétence revient à la chambre criminelle auprès de la Cour d'appel, où la collégialité est davantage renforcée, pour siéger à cinq magistrats au lieu de trois en juridiction de premier degré.

Ser juez en Marruecos y en España.

Las amenazas ideológicas y prácticas al estatuto del juez: ¿se puede exigir una productividad al juez?

Carlos Gómez Martínez

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

LAS AMENAZAS IDEOLÓGICAS Y PRÁCTICAS AL ESTATUTO DEL JUEZ: ¿SE PUEDE EXIGIR UNA PRODUCTIVIDAD AL JUEZ?

Carlos Gómez Martínez

Presidente de la Audiencia Provincial de Baleares
Ex Director de la Escuela Judicial Española

La posición del juez en un Estado de Derecho es a la vez fuerte y frágil. Es fuerte porque, al fin y al cabo, el juez es responsable de aplicar la ley, que es la expresión de la voluntad general. Además, la ley se aplica desde una posición de independencia y en tanto que tercero en un conflicto, o, lo que es lo mismo, sin que exista ningún interés en resolverlo en un sentido u otro. El juez, de este modo, tiene consigo la fuerza de la razón.

Sin embargo, en una democracia, el del juez es un poder delegado, en el sentido de que no tiene un poder soberano. El juez aplica las leyes que son hechas por el parlamento, utiliza los medios personales y materiales que provee el Ministerio de Justicia y tiene a su disposición la policía judicial, la cual, aún dependiendo funcionalmente del juez, jerárquicamente depende del Ministerio del Interior.

La posición del juez también se ve fragilizada por fenómenos relativamente nuevos, como el poder de la prensa, el auge del terrorismo o la globalización.

Si la legitimidad del juez deriva del hecho de que su labor fundamental es aplicar la ley, parece evidente que una pérdida de prestigio de la ley como expresión de la voluntad general conlleve una devaluación de la función judicial ante los ciudadanos

El juez y la pérdida del consenso social sobre la ley

El pluralismo que caracteriza a las sociedades postmodernas hace que, a menudo, la ley no sea ya un texto aprobado con un gran consenso social. Lejos queda el siglo XIX, cuando el código civil, el código penal y los códigos procesales civil y penal constituían la parte más importante de un sistema de leyes aceptado por la gran mayoría de los ciudadanos.

Hoy en día, la ley es percibida como el fruto de una mayoría política que puede cambiar después de las elecciones generales, a veces como consecuencia de la negociación entre partidos políticos y otras como resultado de la presión de grupos económicos o de *lobbies*.

Si la legitimidad del juez deriva del hecho de que su labor fundamental es aplicar la ley, parece evidente que una pérdida de prestigio de la ley como expresión de la voluntad general conlleve una devaluación de la función judicial ante los ciudadanos.

No obstante, y aunque ello resulte paradójico, la pérdida de prestigio de la ley da mayor peso al papel del juez. En un contexto en el cual la ley está necesitada de racionalización, de interpretación y de adaptación a la realidad, el juez ya no puede ser considerado como "la boca que pronuncia las palabras de la ley", según el célebre aforismo de Montesquieu.

En un contexto en el cual la ley está necesitada de racionalización, de interpretación y de adaptación a la realidad, el juez ya no puede ser considerado como "la boca que pronuncia las palabras de la ley", según el célebre aforismo de Montesquieu

Además, el poder judicial no se rige por un "criterio de mayoría". No lo ejerce un órgano centralizado del cual dependan los demás. Cada juez individual encarna en sí mismo todo el poder para decidir los asunto conforme a la ley. El poder judicial es un poder difuso, donde caben posiciones minoritarias que no han tenido éxito en otras instancias regidas por el criterio de la mayoría. Es, por tanto, el espacio propio de protección de las minorías, aspecto clave de toda democracia.

Por esta razón, algunos de los nuevos problemas que aparecen en esta segunda modernidad que vivimos y que no pueden ser todavía abordados de un modo general por la ley, pueden ser tratados y resueltos de antemano en el marco jurisdiccional el cual, por su propia naturaleza, trata las cuestiones caso por caso, a través de un procedimiento individualizado y no general. Es en este marco, por ejemplo, que los jueces han reconocido con anterioridad a la ley algunos derechos a los inmigrantes, como la defensa gratuita, o que se han reconocido efectos jurídicos a ciertas relaciones de pareja, integrando así un nuevo modelo de familia antes de que lo hiciera la ley.

Los jueces y el poder ejecutivo

Si adoptamos una perspectiva a corto plazo, es evidente que a un gobierno no le interesa proporcionar a los jueces todos los medios necesarios para el ejercicio de sus funciones ya que los jueces son, o pueden ser, inevitablemente, un contrapoder. A excepción de los países nórdicos y de los anglosajones, la Administración de Justicia de los países europeos se encuentra más atrasada que el resto de la administración en el proceso de modernización de la función pública.

Hay que reconocer que no es lo mismo la función de juez que los medios materiales y humanos requeridos para hacer justicia. Pero, a menudo al ciudadano le resulta difícil hacer la distinción entre lo uno y lo otro. Lo que percibe el ciudadano es que la justicia, al fin y al cabo, es lenta, sin distinguir responsabilidades.

En un mundo en el que las exigencias de celeridad son cada vez más importantes y en el que estamos acostumbrados a vivir experiencias "en tiempo real", la justicia se ve fragilizada por su lentitud.

Por otro lado, la demanda de justicia no cesa de aumentar. Ello es consecuencia de varios factores, como la desaparición de las instancias tradicionales de resolución de conflictos, una mayor conciencia por parte de los ciudadanos de sus derechos y la extensión de lo que se podría denominar "la cultura de la reclamación": hoy en día nos cuesta aceptar un accidente, un perjuicio, sin querer obtener daños y perjuicios por ello ante un juez.

Es en este contexto que ciertos países europeos han instaurado el sistema de primas a la productividad. Se trata de un mecanismo importado del mundo de la empresa privada que persigue estimular el trabajo del juez pagando un salario un poco mayor a aquellos que superen un número determinado de sentencias al año. Sin embargo, podemos preguntarnos si este tipo de medidas es suficientemente respetuoso con la calidad de la justicia, la cual no puede verse reducida al simple número de sentencias sino que también debe tener en cuenta la motivación de las mismas, la atención que el juez presta al proceso, el trato digno y equitativo a las partes o la capacidad de escuchar del juez.

En un mundo en el que las exigencias de celeridad son cada vez más importantes y en el que estamos acostumbrados a vivir experiencias "en tiempo real", la justicia se ve fragilizada por su lentitud

Además, el sistema de primas a la productividad produce el efecto colateral de mezclar al juez con problemas que afectan a la eficacia de la justicia y que, muy a menudo, conciernen sobretodo al Ministerio de Justicia.

En España, el Consejo General del Poder Judicial instauró un sistema de primas a la productividad de los jueces que, finalmente, fue anulado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. En estos momentos, el Consejo intenta encontrar un modelo que tome más en cuenta los aspectos cualitativos, pero, ¿es posible medir la calidad de la justicia?

Una verdadera cultura democrática requiere un gran esfuerzo presupuestario a favor de la administración de justicia que pueda garantizar a los jueces un salario proporcionado a la importancia de sus funciones y que permita modernizar los juzgados garantizando la plena incorporación del juez al mundo de las nuevas tecnologías.

Los jueces y los medios de comunicación de masas

La Justicia y los *média* comparten la función de control al poder político o económico. La función de la Justicia en un Estado de Derecho consiste, en gran medida, en velar por que la actividad del poder sea conforme a la Ley. Los medios de comunicación, por su parte, tienen una función de control social de los poderes públicos y privados. En el caso de la Justicia se trata de un control de legalidad mientras que los *media* ejercen su control proporcionando a los ciudadanos información suficiente para que puedan formarse una opinión fundada sobre los asuntos públicos. Esa es la razón por la que todas las Constituciones democráticas reconocen el importante papel de los medios de comunicación para el mantenimiento de la crítica al poder y el pluralismo político.

En breves palabras, tanto los medios de comunicación como la Justicia ejercen funciones convergentes y precisamente por ello también pueden entrar en concurrencia entre sí, una concurrencia que, en principio, debería ser considerada como una tensión institucional saludable para la vida democrática. Otra cosa diferente es que los *media* y los jueces hayan tenido éxito en esas tareas de control de los excesos del poder. La verdad es que podemos afirmar más bien lo contrario. Resulta significativo que el pensador mejicano García Canclini considere la falta de credibilidad de los medios de comunicación y del sistema judicial como las causas del "escepticismo radical hacia el porvenir de la propia cultura"[1].

Como afirmó en 1948 el juez Clark, "el acusado de un crimen tiene derecho a ser juzgado en un tribunal de justicia, no en una plaza pública ni en un estadio, ni tampoco en un coliseo que se extiende a lo largo y ancho del país"

No obstante, las relaciones entre la Justicia y los *mass media* son complejos, pues la justicia extiende su función de control a los mismos medios de comunicación (ya que al fin y al cabo también ellos son un poder de hecho) mediante procesos penales o civiles en los cuales los jueces están obligados a revisar la conducta de los medios de comunicación intentando encontrar el equilibrio entre la libertad de expresión y de información y otros derechos fundamentales. A veces son los medios de comunicación quienes critican las decisiones judiciales, lo cual forma parte de su función de "perro guardián de la democracia", reconocida a los *media* por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo que resulta más peligroso es la fabricación de procesos paralelos en la prensa o en la televisión, donde se cuestionan los resultados obtenidos durante el proceso judicial o donde se convierte ese proceso en espectáculo.

Las diferencias entre los medios de comunicación y la Justicia se refieren también al lenguaje. De hecho, la principal característica de la actividad judicial es la motivación de las decisiones. El juez no sólo pretende dar una solución al conflicto, sino que dicha solución debe de ser conforme a derecho, y ello se verifica a través de la motivación. Es muy difícil encontrar una racionalidad semejante en los medios de comunicación, especialmente en los audiovisuales.

Como afirma García Canclini interpretando a Bourdieu, "en la actualidad, la televisión, que ha optado por un modelo de información rápido y superficial, impone al conjunto de los *media* la tendencia a apelar a los sentimientos más que las estructuras mentales del público y convierte el aumento de los índices de audiencia en un medio de legitimación generalizado. En consecuencia, los periódicos y las revistas – para rivalizar con la televisión- adoptan el estilo del "talk show", el exhibicionismo de las experiencias domésticas, como si la lucha por el "rating" únicamente pudiera ganarse apelando al voyeurismo de los espectadores y de los lectores. El aumento del poder simbólico de la televisión obliga al resto de los medios de comunicación a perseguir aquello que es sensacional, espectacular, extraordinario"[2].

En todo caso, como afirmó en 1948 el juez Clark, en la sentencia Estes v. Texas, "el acusado de un crimen tiene derecho a ser juzgado en un tribunal de justicia, no en una plaza pública ni en un estadio, ni tampoco en un coliseo que se extiende a lo largo y ancho del país".

El juez es a menudo víctima de incomprensión en este afán de preservar el espacio propio del proceso judicial ante los medios de comunicación. Y hay que reconocer asimismo que en el ámbito de la opinión pública el juez no tiene, prácticamente, capacidad de respuesta. En el fondo, debe confiar en el sentido de la responsabilidad de los periodistas, lo que demuestra claramente su frágil posición.

Los jueces y el auge del terrorismo

Tanto España como Marruecos han sufrido en estos últimos años los efectos devastadores del terrorismo. Más allá del dolor de las víctimas, el terrorismo siempre supone una provocación a la autoridad, incluyendo la autoridad judicial.

En un contexto de dolor, de impacto por actos terroristas graves, de sentimiento de miedo y de demanda de protección por parte de la sociedad, el sistema judicial debe mantener su forma de proceder: juzgar los crímenes en un proceso desarrollado respetando plenamente las garantías y los derechos fundamentales. Si, presionados por ese ambiente de miedo y de exigencia de protección, los jueces no respetaran sus principios, el terrorismo habría ganado su primera batalla.

En un contexto de dolor, de impacto por actos terroristas graves, el sistema judicial debe mantener su forma de proceder: juzgar los crímenes en un proceso desarrollado respetando plenamente las garantías y los derechos fundamentales

La falta de respeto a los derechos fundamentales en los procesos por terrorismo provoca, además, efectos no deseados. Como dijo Camus, "(…) quizá (…) la tortura haya permitido encontrar 30 bombas, al precio de un cierto horror, pero al mismo tiempo ha creado cincuenta nuevos terroristas que, operando de forma diferente y en distintos lugares, matarán todavía a más inocentes. Incluso aceptada en nombre del realismo y de la eficacia, la ignominia no sirve para nada (…)"[3].

Vengo de un país con una historia difícil y a veces trágica y temo que Marruecos, país de acogida en el que pronuncio estas palabras, sea un país que ha sufrido durante mucho tiempo los aspectos más negativos de nuestra historia. Pero debo decir también que, como juez, me siento especialmente orgulloso por la respuesta que España ha dado al atentado terrorista del 11 de marzo de 2004. Después de un atentado de la misma naturaleza, como fue el atentado del 11 de septiembre de 2001, algunos países organizaron una guerra, nosotros, en cambio, hemos organizado un proceso judicial que acaba de concluir y que se ha desarrollado respetando plenamente las garantías procesales en condiciones de gran transparencia.

Hace algunos años que se oye hablar de un "derecho penal del enemigo", es decir, de un derecho penal especialmente severo concebido para los delincuentes que dirigen directamente sus acciones criminales contra los cimientos del Estado de Derecho, y que les priva de ser tratados como el resto de delincuentes. De este modo, se establecería la distinción entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo. Una construcción semejante, que debemos principalmente a Günter Jackobs, puede servir de justificación teórica a los modelos de Guantánamo o de Abu Ghraib. Como señaló Ferrrajoli, "la manifestación más vergonzante de este derecho penal criminal, como verdadero crimen contra la humanidad, es la tortura, que ha hecho su funesta reaparición en estos años en ocasión del tratamiento americano a los llamados "enemigos combatientes" como instrumento para obtener la confesión y, al mismo tiempo, la intimidación general"[4].

Sin embrago, un juez no puede nunca asumir un tal eje amigo/enemigo, pues la naturaleza de sus funciones es la de ser un tercero que debe establecer la verdad y decidir el conflicto. He aquí una nueva amenaza para el juez, que se ve arrastrado hacia un paradigma "securitario" que no es el suyo. Si nosotros, los jueces, no somos capaces de hacer oídos sordos ante los cantos de sirena que nos invitan a abandonar nuestra posición institucional de imparcialidad, el terrorismo ya habrá ganado otra batalla.

Los jueces y la globalización

Necesitamos establecer una atmósfera de confianza entre los jueces de los distintos países de cara a dar a estos textos internacionales una verdadera aplicación práctica

La globalización no se limita a una realidad económica o tecnológica. Desde hace años, la delincuencia, me atrevería a decir la delincuencia más importante, tiene una dimensión internacional evidente. Sin embargo, el papel del juez sigue estando, en gran medida, encerrado dentro de las fronteras nacionales. Desde el nacimiento del Estado moderno, la Justicia a estado ligada al núcleo de la soberanía nacional, permaneciendo así relativamente impermeable a la internacionalización.

El reciente avance de la globalización ha puesto en evidencia esta naturaleza nacional de la jurisdicción, ya que parece claro que el proceso judicial no puede pararse en las fronteras nacionales y que, al mismo tiempo, las dificultades aumentan cuando el juez debe continuar su labor en el extranjero, más allá de las fronteras de su país.

Se han realizado grandes esfuerzos de cara a la aprobación de textos internacionales y tratados entre países que favorezcan la cooperación jurídica internacional. Pero ello no es suficiente. Necesitamos establecer una atmósfera de confianza entre los jueces de los distintos países de cara a dar a estos textos una verdadera aplicación práctica. Es preciso que los jueces conozcan los sistemas judiciales de los países con los que cooperan para que los textos tengan una eficacia real. Especialmente los países con los que existen relaciones económicas, sociales y culturales y con los que compartimos un pasado difícil y un porvenir lleno de promesas y de proyectos comunes, como es el caso de Marruecos y España.

Para este objetivo, para conocerse mejor, sirve este seminario.

Notas

1. García Canclini, *Néstor. Diferentes, desiguales y desconectados*. Barcelona: Ed. Gedisa. 2005. P. 172. N. del A.
2. *Op. cit.* P. 93. N. del A.
3. "Avant propos" a las Croniques algériennes, reproducido en "Albert Camus, *Réflexions sur le terrorisme, textes choisis et introduits para Jaqueline Levi-Valensi*" *commentés par Antoine Garapon et Denis Salas*, Nicholas Philippe, Paris 2002, P. 182. N. del A.
4. Ferrajoli, Luigi. "El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho". *En Jueces Para la Democracia. Información y Debate*. No. 57 (noviembre 2006).

Être juge au Maroc et en Espagne.

Les menaces idéologiques et pratiques pour le statut du juge: peut-on demander une productivité au juge?

Carlos Gómez Martínez

www.cidob.org

Fundación CIDOB - Calle Elisabets, 12 - 08001 Barcelona, España - Tel. (+34) 93 302 6495 - Fax. (+34) 93 302 6495 - info@cidob.org

LES MENACES IDÉOLOGIQUES ET PRATIQUES POUR LE STATUT DU JUGE : PEUT-ON DEMANDER UNE PRODUCTIVITÉ AU JUGE ?

Carlos Gómez Martínez

Président de la Cour d'Appel des Baléares.
Ancien Directeur de l'Ecole Judiciaire Espagnole

La position du juge dans un État de Droit est à la fois forte et fragile. Elle est forte parce que, en fin de compte, le juge est en charge d'appliquer la loi, qui est l'expression de la volonté générale. De plus, cette application de la loi est faite depuis une position d'indépendance et comme tiers dans un conflit, c'est-à-dire, sans intérêt particulier à le résoudre d'une façon ou de l'autre. Le juge a avec lui, donc, la force de la raison.

Mais, dans une démocratie, le pouvoir du juge est un pouvoir délégué, dans le sens que le juge n'a pas un pouvoir souverain. Il applique des lois qui sont faites par le Parlement, utilise des ressources humaines et matérielles qui lui sont pourvues par le Ministère de la Justice et a à sa disposition, une police judiciaire qui, certes, dépend fonctionnellement de lui, mais dont les supérieurs hiérarchiques sont au Ministère de l'Intérieur.

La position du juge est encore fragilisée par des phénomènes relativement nouveaux comme le pouvoir de la presse, l'essor du terrorisme ou la mondialisation.

Si la légitimité du juge vient du fait que sa tâche fondamentale est l'application de la loi, il est évident que si la loi perd de son prestige comme expression de la volonté générale, la fonction judiciaire se dévalue aux yeux des citoyens

Le juge et la perte du consensus social autour de la loi

Le pluralisme caractéristique des sociétés postmodernes a eu pour conséquence que la loi ne soit plus que rarement un texte approuvé par un grand consensus social. On est loin du dix-neuvième siècle, quand le code civil, le code pénal et les codes de procédure civile et pénale constituaient la partie la plus importante d'un système de lois accepté par la grande majorité des citoyens.

Aujourd'hui la loi est perçue comme le fruit d'une majorité politique qui peut changer avec les prochaines élections générales, un résultat parfois produit de négociations entre les partis politiques, mais aussi parfois issu de la pression de groupes économiques ou de lobbies déterminés.

Si la légitimité du juge vient du fait que sa tâche fondamentale est l'application de la loi, il est évident que si la loi perd de son prestige comme expression de la volonté générale, la fonction judiciaire se dévalue aux yeux des citoyens.

Mais, paradoxalement, la perte de prestige de la loi conduit à un renforcement du rôle du juge. Dans un contexte où la loi doit être rationalisée, interprétée et adaptée à la réalité, le juge ne peut plus être considéré comme « la bouche qui prononce les paroles de la loi », selon la célèbre formule de Montesquieu.

Dans un contexte où la loi doit être rationalisée, interprétée et adaptée à la réalité, le juge ne peut plus être considéré comme « la bouche qui prononce les paroles de la loi », selon la célèbre formule de Montesquieu

De plus, le pouvoir judiciaire n'est pas régi par un « critère de majorité ». Il n'est pas exercé par un organe centralisé dont les autres dépendent. Chaque juge individuel incarne en soi tout le pouvoir pour décider le cas conformément à la loi. Le pouvoir judiciaire est un pouvoir diffus, où peuvent être accueillies des positions minoritaires qui n'ont pas eu de succès dans autres instances régies par un critère de majorité. C'est un espace propre à la protection des minorités, aspect clé de toute démocratie.

C'est pour cela que certains nouveaux problèmes qui se posent en cette deuxième modernité que nous sommes en train de vivre et qui ne peuvent encore être abordés de manière générale par une loi, peuvent déjà se poser et se résoudre dans le cadre de la juridiction qui, du fait de sa propre nature, traite les questions au cas par cas, avec une approche individualisée et non générale. C'est dans ce cadre, par exemple, que les juges on reconnu avant la loi certains droits aux immigrés, comme celui de la défense gratuite, ou qu'ils ont reconnu des effets juridiques a certaines relations de couple, intégrant un nouveau modèle de famille, encore une fois avant la loi.

Les juges et le pouvoir exécutif

Si on adopte un point de vue à courte échéance, il est évident que le gouvernement n'a pas de véritable intérêt à pourvoir les juges des moyens nécessaires à l'exercice de leur fonction car les juges sont ou peuvent être, inévitablement, un contre-pouvoir. De fait, l'administration judiciaire des pays européens, à l'exception des pays nordiques et anglo-saxons, est en retard sur le reste de l'administration en ce qui concerne le processus de modernisation de la fonction publique.

Il est vrai que la fonction de juge et les moyens matériaux et humains nécessaires pour rendre justice ne sont pas la même chose. Mais il est souvent difficile pour le citoyen de distinguer entre l'une et l'autre. Ce qu'il perçoit est que la justice est lente, tout confondu, sans différencier les responsabilités.

La lenteur de la justice la fragilise, dans un monde où les exigences de rapidité sont de plus en plus importantes, où l'on est habitué à vivre les expériences « en temps réel ».

Par ailleurs, la demande de justice augmente sans arrêt. Cet accroissement est la conséquence de divers facteurs, comme la disparition des instances traditionnelles de résolution des conflits, la plus grande conscience des citoyens de leurs propres droits ou l'expansion de ce qu'on pourrait appeler « la culture de la réclamation » : aujourd'hui on a du mal a accepter un accident, un préjudice, sans aller chercher des dommages et intérêts auprès d'un juge.

C'est dans ce contexte qu'on a instauré dans certains pays européens le système des primes à la productivité. Il s'agit d'un mécanisme importé de l'entreprise privée qui vise à stimuler le travail du juge en payant un petit surplus de salaire à ceux qui dépassent un nombre déterminé de jugements par an. Mais l'on peut se demander si ce type de mesures respecte suffisamment la qualité de la justice, qui ne saurait se réduire au nombre de jugements mais dépend aussi de leur motivation, de l'attention que le juge paye à la procédure, du traitement digne et égalitaire aux parties, ou de la capacité d'écoute du juge.

La lenteur de la justice la fragilise, dans un monde où les exigences de rapidité sont de plus en plus importantes, où l'on est habitué à vivre les expériences « en temps réel »

De plus, le système de primes à la productivité produit l'effet collatéral de mêler le juge aux problèmes de l'efficacité de la justice dont la responsabilité est, bien souvent, plutôt à chercher du côté du Ministère de la Justice.

En Espagne, le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire a instauré un système de primes à la productivité des juges qui, au final, a été annulé par la Chambre Administrative de la Cour Suprême. Maintenant le Conseil essaie de trouver un nouveau modèle qui prendrait plus en compte les aspects qualitatifs. Mais est-il vraiment possible de mesurer la qualité de la Justice ?

Une culture démocratique de fond requiert un grand effort budgétaire en direction de l'administration judiciaire, de façon à assurer aux juges un salaire qui soit en accord avec l'importance de leurs fonctions et à moderniser le bureau du juge en garantissant sa pleine incorporation au monde des nouvelles technologies.

Les juges et les média

La Justice et les média partagent une même fonction de contrôle du pouvoir politique ou économique. La fonction de la Justice dans un État de Droit est, en grande mesure, de veiller à ce que l'activité du pouvoir soit conforme à la loi. De leur coté, les média, ont comme fonction le contrôle social des pouvoirs publics et privés. Dans le cas de la Justice, le contrôle est de légalité, tandis que pour les médias, le contrôle consiste à offrir aux citoyens une information suffisante pour qu'ils puissent se former une opinion fondée sur les événements publics. C'est pour cela que toutes les Constitutions démocratiques reconnaissent l'importance du rôle des média pour le maintien d'une force critique du pouvoir et la préservation du pluralisme politique.

En résumé, les média et la Justice exercent des fonctions convergentes, et c'est pour cette raison qu'ils peuvent également entrer en concurrence, une concurrence qui, en principe, doit être considérée comme une tension institutionnelle salutaire pour la vie démocratique. Pour autant, il serait difficile d'affirmer que, dans les faits, les média et les juges ont accompli avec succès leur rôle de contrôle des excès du pouvoir. On aurait même davantage tendance à dire le contraire. Il est significatif en ce sens que le penseur Mexicain Garcia Canclini considère le manque de crédibilité des média et du système judiciaire comme les causes du «scepticisme radical envers l'avenir de la propre culture »[1].

Comme l'a dit en 1948 le juge Clark, « l'accusé d'un crime a le droit d'être jugé dans une salle de justice, pas sur une place publique ni dans un stade, ni dans un colisée qui s'étend sur tout le pays »

Les rapports entre la Justice et les mass média sont complexes, étant donné que la justice étend sa fonction de contrôle aux média eux-mêmes - car, finalement, ils sont aussi un pouvoir de fait -, au travers de procédures pénales ou civiles dans lesquels les juges sont obligés de réviser la conduite des médias, dans un effort pour équilibrer la liberté d'expression et d'information avec d'autres droits fondamentaux. Parfois, ce sont au contraire les médias qui critiquent les décisions judiciaires ce qui entre très clairement dans la fonction de « chiens de garde de la démocratie » reconnue aux médias par la Cour européenne des Droits de l'homme. Ce qui est plus dangereux, c'est la fabrication de procès parallèles dans la presse ou à la télévision, où sont mis en question les résultats obtenus dans de cadre des procédures judiciaires, ou le fait de convertir une procédure judiciaire en spectacle.

Les différences entre les média et la Justice sont aussi des différences de langage. En effet, la note la plus caractéristique de l'activité judiciaire est la motivation. Le jugement ne prétend pas seulement offrir une solution au conflit, mais aussi que cette solution soit fondée en droit, ce qui se démontre à travers la motivation. Cette rationalité est très difficile à percevoir chez les média, en particulier les média audiovisuels.

Comme l'a dit Garcia Canclini, en interprétant Bourdieu « aujourd'hui, la télévision –qui a opté pour un modèle d'information rapide et superficiel – impose à l'ensemble des média la tendance à en appeler aux sentiments plus qu'aux structures mentales du public et fait de l'augmentation de l'audience en moyen de légitimation généralisé. En conséquence, les journaux et les magazines – pour rivaliser avec la télévision – adoptent le style du « talk show », l'exhibitionnisme d'expériences domestiques, comme si la lutte pour le « rating » pouvait uniquement se gagner à travers l'exploitation du voyeurisme des spectateurs et lecteurs. L'accroissement du pouvoir symbolique de la télévision oblige le reste des médias à poursuivre le sensationnel, le spectaculaire, l'extraordinaire »[2].

Dans tous les cas, comme l'a dit en 1948 le juge Clark dans l'arrêt Estes vs. Texas, « l'accusé d'un crime a le droit d'être jugé dans une salle de justice, pas sur une place publique ni dans un stade, ni dans un colisée qui s'étend sur tout le pays ».

Le juge, à préserver cet espace propre à la procédure judiciaire face aux médias, n'est pas souvent compris. Et il faut de plus reconnaître que, dans ce champ de l'opinion publique, le juge n'a pas pratiquement pas capacité de réponse. Au fond, il doit s'en remettre au sens de la responsabilité des journalistes, ce qui montre bien clairement sa position de fragilité.

Les juges et l'essor du terrorisme

L'Espagne et le Maroc ont souffert ces dernières années les effets dévastateurs du terrorisme. Au-delà de la douleur des victimes, le terrorisme suppose toujours une provocation à l'autorité, y compris l'autorité judiciaire.

Dans un contexte de douleur, d'impact d'actes terroristes graves, de sentiment de peur et de demande sociale de défense, le système judiciaire doit maintenir sa façon de faire : juger les crimes selon une procédure suivie dans le plein respect des garanties et des droits fondamentaux. Si, pressionnés par cette ambiance de peur et d'exigence de protection, les juges ne restaient pas fidèles à leurs principes, le terrorisme aurait déjà commencé à gagner sa première bataille.

Le manque de respect des droits fondamentaux dans les procédures contre le terrorisme a, de plus, des effets contraires. Comme l'a dit Camus, « (…) la torture (…) a peut-être permis de retrouver trente bombes, au prix d'une certaine horreur, mais elle a suscité du même coup cinquante terroristes nouveaux qui, opérant autrement et ailleurs, feront mourir plus d'innocents encore. Même acceptée au nom du réalisme et de l'efficacité, la déchéance ici ne sert à rien … »[3].

Je viens d'un pays avec une histoire difficile et parfois tragique, et je crains que le Maroc, pays d'accueil où je prononce ces paroles, soit un pays qui a longtemps souffert des aspects plus négatifs notre histoire. Mais je dois dire qu'en tant que juge, je suis particulièrement fier de la réponse que l'Espagne a donnée à l'attentat terroriste du 11 mars 2004. Apres un attentant de la même nature, comme celui du 11 de septembre 2001, certains pays avaient organisé une guerre : nous avons organisé une procédure pénale qui vient de finir, et qui a été suivie dans le plein respect des garanties procédurales et dans des conditions de grande transparence.

On entend parler depuis quelques années d'un « droit pénal de l'ennemi », c'est-à-dire, d'un droit pénal spécialement dur adressé aux délinquants qui dirigent leurs actions criminelles directement contre les fondements de l'État de Droit et qui ne mériteraient pas le même traitement que les autres délinquants. On distinguerait ainsi entre le droit pénal du citoyen et le droit pénal de l'ennemi. Cette construction, qu'on doit principalement à Günter Jackobs, peut servir de justification théorique au modèle de Guantanamo ou d' Abu Ghraib. Comme l'a dit Ferrajoli, « la manifestation la plus honteuse de ce droit pénal criminel, comme véritable crime contre l'humanité, est la torture, qui a fait sa funeste réapparition ces dernières années, à l'occasion du traitement américain des nommés « ennemis combattants », comme instrument pour obtenir l'aveu et, en même temps, l'intimidation générale »[4].

Mais cet axe ami/ennemi ne peut jamais être assumé par le juge parce que la nature de ses fonctions est celle d'un tiers qui doit établir la vérité et décider le conflit. Voilà une autre menace pour le juge, qui peut se voire entraîné vers un paradigme sécuritaire qui n'est pas le sien. Si nous, les juges, ne sommes pas capables de rester sourds aux chants de sirène qui nous invitent à abandonner notre position institutionnelle d'impartialité, le terrorisme aura déjà gagné une autre bataille.

Dans un contexte de douleur, d'impact d'actes terroristes graves, le système judiciaire doit maintenir sa façon de faire : juger les crimes selon une procédure suivie dans le plein respect des garanties et des droits fondamentaux

Les juges et la mondialisation

La mondialisation n'est pas limitée à une réalité économique ou technologique. Depuis des années, la délinquance, j'oserais dire la haute délinquance, a une évidente dimension internationale. Or, le rôle du

juge reste encore, en grande partie, enfermé dans les frontières nationales. Depuis la naissance de l'État moderne, la Justice a toujours été liée au noyau de la souveraineté nationale de telle façon qu'elle est restée relativement imperméable à l'internationalisation.

Il est nécessaire d'établir une atmosphère de confiance entre les juges des divers pays de façon à ce que ces textes aient une véritable application pratique

Le récent avancement de la mondialisation a mis en évidence cette nature nationale de la juridiction car il est clair que le procès judiciaire ne peut pas s'arrêter aux frontières nationales et que, dans le même temps, les difficultés s'accroissent quand le juge doit poursuivre ses tâches à l'étranger, au-delà des frontières de son pays.

Un effort a été fait pour l'approbation de textes internationaux et traités entre pays afin de favoriser la coopération juridique internationale. Mais il ne suffit pas. Il est nécessaire d'établir une atmosphère de confiance entre les juges des divers pays de façon à ce que ces textes aient une véritable application pratique. Il faut que les juges connaissent les systèmes judiciaires des pays avec lesquels ils coopèrent pour que les textes aient leur efficacité. En particulier, les pays avec lesquels il existe des rapports économiques, sociaux et culturels, et avec lesquels l'on partage un passé difficile et un avenir plein de promesses et de projets communs, comme c'est le cas du Maroc et de l'Espagne.

A ce but, celui de mieux se connaître, sert ce séminaire.

Notes

1. García Canclini, Néstor. "Diferentes, desiguales y desconectados" Ed. Gedisa. Barcelona 2005, page 172.
2. Ob. cit, page 93.
3. "Avant propos" aux *Croniques algériennes*, reproduit dans "Albert Camus, *Réflexions sur le terrorisme*, textes choisis et introduits para Jaqueline Levi-Valensin, commentés par Antoine Garapon et Denis Salas, Nicholas Philippe, Paris 2002, page 182.
4. Ferrajoli, Luigi. "Le droit pénal de l'ennemi et la dissolution du droit". *Jueces Para la Democracia. Información y Debate*, numéro 57, novembre 2006.